

*INCIDENCIA DEL DECRETO 537 DEL 2020 EN LA TRANSPARENCIA DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA*

Por: Leidy Johana Hernández Medina

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Tunja- Boyacá

2021

Resumen: *con este análisis normativo y jurisprudencial se busca determinar la incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19; para el cumplimiento de este fin se procede a realizar un rastreo teórico de los diferentes documentos normativos e investigaciones jurídicas que dan fe de los hechos transcurridos hasta la fecha, encontrándose que el Decreto 537 de 2020 tiene como propósito instaurar e implementar medidas urgentes en materia de contratación a nivel público, fundamentadas principalmente en: la implementación de herramientas tecnológicas; la suspensión o interrupción de procedimientos sancionatorios, de procesos para la selección y la revocatoria del acto de apertura; las medidas encaminadas a proveer trato preponderante a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda; la contratación de urgencia; y la adición y modificación de contratos estatales.*

Sin embargo, pese a la intencionalidad y finalidad del Decreto 537 de 2020 y el cumplimiento de los requisitos o exigencias formales y juicios de constitucionalidad, se puede evidenciar que en el marco de esta pandemia se han presentado irregularidades en las contrataciones, tales como: beneficiar a terceros en la adjudicación de contratos, aprovechamiento de recursos públicos en beneficios personales, desviación de recursos, realizar contrataciones por la modalidad de urgencia manifiesta sin cumplir con las disposiciones legales establecidas, entre otras. Esto implica intervención del Estado Colombiano para sancionar a todos aquellos encargados de participar en indebidas prácticas de la contratación, y de este modo asegurar que se restituya aquellos recursos públicos que se desaprovecharon para afrontar la crisis de pandemia.

Palabras claves: *pandemia, contratación pública, transparencia, Emergencia sanitaria.*

Abstract: *The purpose of this article is to determine the incidence of Decree 537 of 2020 on the transparency of public procurement in Colombia, within the framework of the Economic, Social and Ecological Emergency, decreed due to the Covid-19 pandemic; For the fulfillment of this purpose, a theoretical tracking of the different normative documents and legal investigations that attest to the events that have taken place to date is carried out, finding that Decree 537 of 2020 has the purpose of establishing and implementing urgent measures in the matter of public procurement, based mainly on: the implementation of technological tools; the suspension of*

sanctioning procedures, selection processes and the revocation of the opening act; measures aimed at giving preferential treatment to the use of demand aggregation instruments; emergency contracting; and the addition and modification of state contracts.

However, despite the intentionality and purpose of Decree 537 of 2020 and compliance with the formal requirements and constitutionality judgments, it can be evidenced that in the framework of this pandemic there have been irregularities in contracting, such as: benefiting third parties in the awarding of contracts, use of public resources for personal benefits, diversion of resources, contracting through manifest urgency without complying with the established legal provisions, among others. This implies intervention by the Colombian State to sanction all those in charge of participating in improper contracting practices, and thus ensure that those public resources that were wasted to face the pandemic crisis are restored.

Keywords: *pandemic, public procurement, transparency, Health emergency.*

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	4
INTRODUCCIÓN	5
I. Incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia.....	13
1. Decreto 537 de 2020: principales componentes en respuesta a la Emergencia Económica..	13
1.1 La implementación de herramientas tecnológicas	14
1.2 Suspensión de procedimientos sancionatorios, de procesos de selección y la revocatoria del acto de apertura	14
1.3 Medidas dirigidas a dar trato preferente a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda.	14
1.4 Contratación de urgencia	15
1.5 Adición y modificación de contratos estatales.....	15
2. Transparencia en la contratación: Análisis jurisprudencial aplicación del Decreto 357 de 2020.....	15
3. Responsabilidad disciplinaria de servidores públicos en los casos de corrupción en la contratación.....	18
CONCLUSIONES	25
REFERENCIAS.....	28

INTRODUCCIÓN

La contratación con el estado o estatal se define como un mecanismo a través del cual el Estado se provee de los servicios y productos que requiere para satisfacer sus necesidades administrativas y de inversión; de esta forma, implica un compendio de normas bajo las cuales se regula los procesos requeridos para que las entidades estatales puedan abastecerse.

En otros términos, del Consejo de Estado (s.f.) el fin último de una contratación estatal es la prestación de servicios públicos, por tanto, su enfoque es la satisfacción de los intereses generales del Estado, esta característica conlleva a que la ejecución del objeto contractual se considere un asunto vertebral que reviste de mecanismos y normas que garanticen la transparencia. De esta forma, este tipo de contratos deben estar desarrollados o efectuados bajo unos principios de igualdad, equilibrio y equidad en la conmutatividad, es decir, debe haber reciprocidad en las obligaciones y cargas inherentes al convenio o acuerdo firmado, las cuales deben mantenerse durante su ejecución.

A juicio del Departamento Nacional de planeación (2017) la contratación debe estar sujeta u obedecer a unos principios que incluyen la transparencia, además de la selección objetiva, la buena fe, la economía, la publicidad, la igualdad, la concurrencia, la planeación y la previsibilidad. Bajo estos principios se busca una conducta positiva y responsable de los implicados en la contratación, que genere confianza y seguridad en el proceso; así mismo, se persigue la eficiencia administrativa, el carácter objetivo, la información bilateral, el derecho de todos los colombianos a participar o licitar, entre otros aspectos que son claves para lograr la efectividad.

En este documento se enfatiza en el principio de transparencia que dentro de la contratación estatal refiere a aspectos relacionados con:

i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración. (Departamento Nacional de planeación, 2017, párr. 2)

El análisis recae en el decreto 537 del 2020, "por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", este decreto es una repuesta del gobierno nacional a las condiciones imperantes producto de la

pandemia del Covid-19; específicamente se hace énfasis en los artículos 7 y 8 que refieren a la contratación de urgencia o a premura y la adición y modificación de contratos con el Estado, durante la vigencia de dicha emergencia.

La base del problema se remonta al día 30 de enero del 2020 cuando la Organización Mundial de la Salud dio a conocer una nueva enfermedad producida por la familia de virus SRAS proveniente de Wuhan (República Popular China), lugar en el cual se identificó el primer caso el 31 de diciembre de 2019, en resultado declaró una emergencia de salud pública a nivel internacional; casi un mes después el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social informa sobre la identificación de un primer caso del virus en el territorio nacional. Consecuente a los hechos el 9 de marzo la OMS solicita a todos los países implementar medidas con el fin de prevenir la propagación del virus y tres días después el 11 de marzo declaró una pandemia por el Coronavirus COVID-19.

A pesar de los esfuerzos de todos los países a nivel mundial, el virus Covid-19 siguió su curso, como respuesta el ministro de Salud y Protección Social emanó la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, que fundamentada en el Ley 1753 de 2015 declaró el Estado de Emergencia Sanitaria, adoptando una serie de medidas enfocadas a prevenir y controlar la propagación de este virus en el territorio nacional y mitigar los efectos socioeconómicos impredecibles e incalculables.

La propagación del virus Covid-19 se dio de manera exponencial, pese a las medidas adoptadas por el gobierno y el Ministerio de Salud y Protección Social; así, el 17 de marzo del 2020 el país contaba con 75 casos, los cuales ascendieron a 2.473 casos y 80 fallecidos para el 10 de abril; bajo estas circunstancias y frente a una situación sin precedentes Colombia y el mundo empieza a vivir una crisis social, económica y financiera, resultado de fallecimientos masivos y una súbita interrupción de la actividad económica, con pérdidas significativas en las diferentes organizaciones del sector privado, derivando en un aumento del desempleo, el subempleo y la pobreza. El contexto lleva la Organización Internacional del Trabajo - OIT a instar a los Estados para adoptar medidas urgentes para la protección empresarios, trabajadores y familias que se vieron directamente afectadas, así como estimular la económica y favorecer el desarrollo de empleos en pro de una rápida recuperación.

Así las condiciones, amparado en el artículo 47 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, el gobierno nacional emanan un conjunto de normativas enfocadas a mitigar el impacto de virus en el país, entre estas varios decretos legislativos entre los que se cuentan: el Decreto 417 del 17 de

marzo del 2020 “por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional” (Decreto 417, 2020), lo cual es ratificado en el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020; en materia de contratación y con fundamento en los decretos anteriores se emanan los decretos 499 del 31 de marzo de 2020 y 544 del 13 de abril de 2020 por los cuales se adoptan:

las medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, atendiendo criterios de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado internacional de bienes para mitigar la pandemia Coronavirus Covid-19. (Decreto 499, 2020 y Decreto 544, 2020)

De igual manera se dispuso el Decreto 537 del 12 de abril de 2020 con 11 artículos bajo los cuales se busca flexibilizar los procesos de contratación y adjudicación de recursos encaminados a mitigar el impacto socioeconómico generado por la pandemia Covid-19, de manera específica el decreto se enfoca en:

Las audiencias públicas, procedimientos sancionatorios, suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura, agregación de demanda, adquisición en grandes superficies, contratación de urgencia, adición y modificación contratos estatales, procedimiento para el pago de contratistas del Estado y contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores; dichas modificaciones recaen directamente en la Ley 1474 de 2011, Ley 1150 de 2007, Ley 80 de 1993 y Decreto Ley 20 de 1992.

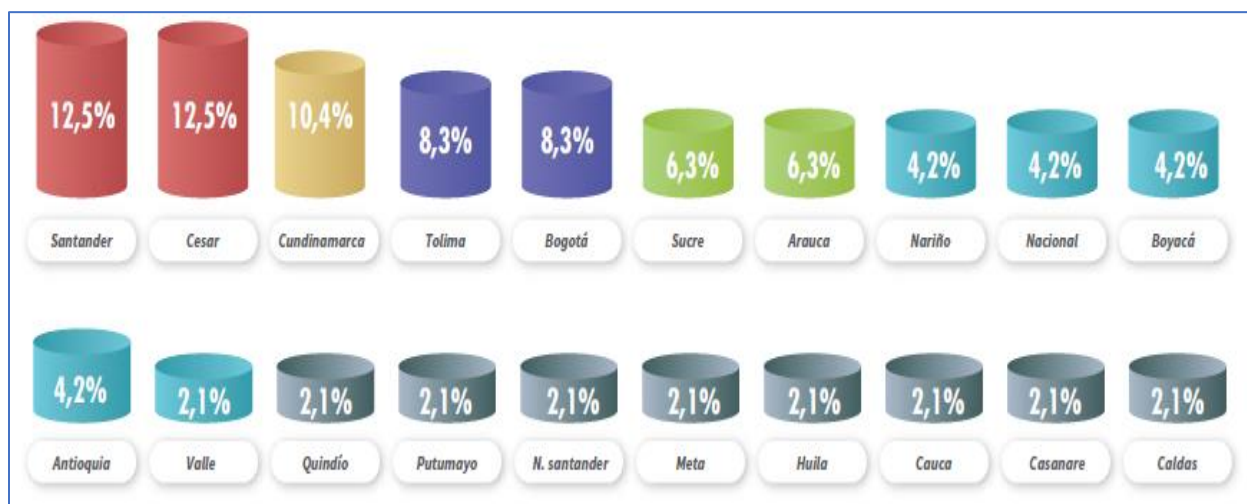
Las medidas tomadas por el gobierno buscaron básicamente agilizar los procesos de contratación y de esta forma responder de manera eficiente a las necesidades inminentes e inesperadas que se fueron dando a medida que la pandemia avanzaba en el país; sin embargo, según informe del Centro de Asesoría Legal Anticorrupción -ALAC (2020) evidencia que el número de casos de corrupción reportados durante el periodo de pandemia, percibidos entre el 24 de marzo y 20 de noviembre de 2020 tuvieron un incremento en relación con periodos similares de otros años. De manera puntual, los resultados arrojaron:

Un aumento de casi 8 puntos (de 72,7 por ciento a 80 por ciento) para los reportes que sí están relacionados con posibles hechos de corrupción. En 2018, ALAC recibió 123 casos, en 2019, 88 casos, y en 2020 además de los 48 casos relacionados con Covid-19, también se reportaron 66 casos de temas no relacionados con Covid-19 que constituyen posible corrupción, para un total de 114 casos. (ALAC, 2020, p. 14)

El informe de la ALAC también revela que los principales casos de corrupción están en los departamentos de Santander, Cesar, Cundinamarca y Tolima, con un nivel de participación del 12,5%, 12,5%, 10,4% y 8,3% respectivamente; en cuanto a la ciudad de Bogotá esta representa el 8,3% de los casos reportados. Tal como se evidencia en la figura 1.

Figura 1

Porcentaje de corrupción según departamento



Nota. Información extraída de del informe del Centro de Asesoría Legal Anticorrupción -ALAC

En cuanto a las principales irregularidades encontradas en los contratos celebrados en el periodo de pandemia, según reporte de la ALAC (2020) está los sobrecostos en los productos alimenticios (48%), los abusos en la contratación directa e inmediata (32%), el aumento de precios en los diferentes alimentos (13%) y favorecimiento o prevalencia de intereses no sociales sino políticos (6%).

De igual manera, Procuraduría General de la Nación (2020) identificó riesgos en la contratación realizada por los entes públicos en el contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, específicamente el Procurador, precisó que:

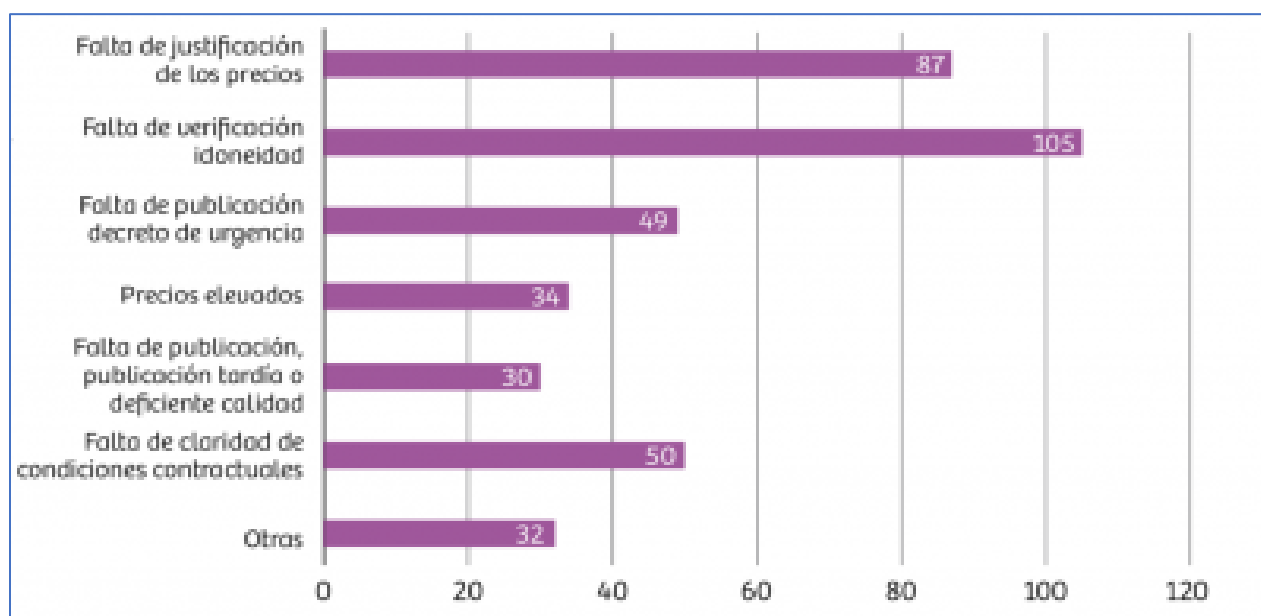
En desarrollo de la acción preventiva iniciada para vigilar contratos por más de \$1,4 billones que suscribieron el Gobierno Nacional y los entes territoriales, se identificaron entre las amenazas más recurrentes: la compra de bienes o servicios con sobrepuestos, convenios que no eran prioritarios, falta de justificación previa de la necesidad de contratos, poca claridad en el destino de los recursos, vinculación de personal administrativo y mantenimiento innecesario, la falta de idoneidad del contratista, entre otros factores que atentan contra la transparencia en la gestión pública. (Procuraduría General de la Nación, 2020)

Frente al tema y en relación con Santander uno de los dos departamentos con mayor índice de corrupción, Pabón (2020) integrante del Comité Transparencia por Santander informo que:

Durante una revisión de 146 contratos directos por Urgencia Manifiesta, registrados por diferentes entidades territoriales de este departamento durante el primer semestre de pandemia, en 49 casos no se publicó dentro del expediente contractual el respectivo Decreto de Urgencia Manifiesta, pese a ser requerimiento de obligatoriedad según lo estipulado en el Artículo 42 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993). Así mismo, en 30 contratos examinados se probó la ausencia de la publicación completa y oportuna de los documentos contractuales, o la presencia de documentos escaneados en formatos no legibles (párr. 3). Esta información se hace visible en la figura 2.

Figura 2

Observación de contratos de urgencia manifiesta en el departamento de Santander



Nota. Información sustraída del estudio realizado por Pabón (2020)

Estas estadísticas dejan en evidencia que, en las actuales condiciones, el país ha bajado el nivel transparencia en la contratación, y que pese a la gravedad de situación esta se ha convertido en un escenario favorable para abusar del poder en beneficio propio a costa del bienestar de los colombianos. El contexto además impide el análisis en la trazabilidad del proceso de contratación, el control de las autoridades competentes y la focalización de la población vulnerable y la beneficiada; además va en contra de Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública a la cual están sujetas las entidades del Estado según lo acordado por la ley 1712 de 2014.

Bajo en contexto expresó en el análisis de la problemática es preciso preguntarse *¿Cuál es la incidencia del decreto 537 del 2020 en la transparencia de contratación pública, durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social?*

La transparencia es uno de los valores que mayor relevancia presenta en la contratación estatal, debido a que actúa como base y vínculo directo de otros valores como la economía, la buena fe en el proceder, la selección objetiva, la publicidad, la igualdad de oportunidades, la concurrencia, la planeación y la previsibilidad; además, su integralidad permite la convergencia de elementos éticos como la igualdad, la objetividad, la neutralidad, la claridad de las reglas, la garantía, la publicidad, la motivación y la escogencia objetiva.

La relevancia del principio de transparencia en la los contratos efectuados entre o con entidades públicas, acorde con lo establecido en el decreto 537 de 2020, se fundamenta en las condiciones bajo las cuales se establece la norma, es decir, dicha norma se instaura cuando Colombia y el mundo está sufriendo una situación inusual azotada por un virus SRAS 2 que está afectando la vida y salud de miles de personas y a su vez repercute en el desarrollo socio-económico de la humanidad; bajo este contexto de desfavorabilidad atípica, este decreto es una de las tantas medidas que responden al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional promulgado inicialmente por el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, como consecuencia de la pandemia declarada por el Covid-19, reconociendo el precepto constitucional definido en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia¹.

De esta forma y asumiendo las condiciones excepcionales, el gobierno queda facultado para determinar medidas de urgencia que permitan mitigar o atenuar los impactos o eventos negativos de los hechos que dan origen al Estado de Emergencia en este caso la pandemia, dentro de estas medidas extraordinarias esta la promulgación de decretos ley que permitan responder las necesidades sociales, económicas y ambientales del país, este es del decreto 537 de 2020 por el cual el gobierno busca acoger medidas eficientes, relacionadas con la contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, se esperaría entonces que la promulgación y cumplimiento de lo emanado en este aportara al a eficiencia de los procesos en condiciones para la celebración de contratos públicos, sin embargo, los resultados de la ALAC sobre corrupción muestran que bajo la vigencia de dicho decreto los índices aumentaron significativamente; bajo este escenario se precisa la necesidad y pertinente de realizar un estudio bajo el cual se haga posible determinar la incidencia del decreto 537 del 2020 en la transparencia de contratación

¹ “Cuando sobrevengan hechos... que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario” (Const., 1991, art. 225)

pública, teniendo en cuenta sus modificaciones en las normas base ley 80 de 1993 y ley 1712 de 2014.

De igual manera, mediante el análisis de casos específicos identificados por entidades de control y una revisión jurisprudencial será posible determinar elementos éticos de transparencia que se han tergiversado en los proceso de contratación, que no solo han minimizando el cumplimiento de lo fines base que buscan prevenir el empeoramiento de las condiciones emanadas de la pandemia, sino porque se ha creado un caos mayor que ha agudizado el problema, principalmente ante la pérdida y desvió de recursos que deberían haber sido aprovechados en programas que mengüen el deterioro de la salud y la economía colombiana.

En síntesis, la importancia de este estudio está dada por las difíciles condiciones que atraviesa el país en el contexto de la salud pública y el desarrollo socioeconómico, bajo las cuales se esperaría del servidor público un comportamiento integro y transparente que contribuya a mitigar los daños y permita restablecer las condiciones para que el pueblo colombiano pueda gozar plenamente de sus derechos y libertades.

Así, este documento se convierte en un instrumento teórico que permite evidenciar la situación que vive el país en relación a la contratación estatal y específicamente como este proceso ha sido permeado por la corrupción y las prácticas contractuales carentes de ética y principios, lo que ha agudizado los problemas fiscales y económicos del erario.

Bajo este contexto, esta investigación busca determinar la incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19.

De manera específica se enfoca en: identificar los principales componentes que precisa el Decreto 537 del 2020, y como estos responden a las necesidades de contratación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica; realizar un análisis jurisprudencial con relación a la vulneración del principio de transparencia en la contratación bajo el contexto del Decreto 537 del 2020 y definir la responsabilidad disciplinaria que atañe a los servidores públicos, que han incumplido con los lineamientos contractuales en el contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19.

Desde la perspectiva metodológica se tiene que:

Por el nivel de conocimiento esta investigación precisa de una metodología que implica un estudio de tipo *descriptivo* bajo el cual se hace posible “especificar las propiedades, las

características y los perfiles de los procesos que se someta a un análisis, con el fin de establecer su estructura o comportamiento” (Hernández-Sampieri et al, 2014; como se citaron en Gallardo, 2017, p. 53), en contexto con la descripción se logra dar una explicación documentada de los hechos y procesos que han afectado la transparencia en la contratación estatal en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Acorde con el método, se concibe un enfoque *cualitativo*, el cual “utiliza la recolección de datos sin medición numérica, para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Cabezas, et al, 2018, p. 19); específicamente, la cualificación de los hechos de contratación bajo el decreto 537 del 2020, conlleva a identificar situaciones y comportamientos, que dan luz de los acontecimientos relacionados con el mal manejo y corrupción que afectaron la transparencia.

Por las características, fuentes o medios usados para la recolección de la información que responde a los objetivos propuesto, se requiere una *investigación documental*, es decir, “aquella que persigue recopilar la información con el objetivo de enunciar las teorías que permiten sustentar el estudio de los fenómenos” (Cabezas, et al, 2018, p. 70); concretamente, el proceso implica un análisis de las normas relacionadas con la contratación a nivel nacional, al igual que la identificación y revisión del compendio jurisprudencial que alude a la vulneración del principio de transparencia en la contratación bajo el Decreto 537 del 2020 y en el contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19.

I. Incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia

Este análisis se fortalece en el propósito mismo del estudio, el cual busca determinar la incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19. De esta forma, los análisis teóricos precisan una revisión minuciosa a nivel normativo e investigativo, bajo la cual se haga posible dar respuesta a este objetivo.

1. Decreto 537 de 2020: principales componentes en respuesta a la Emergencia Económica

Con este análisis se busca identificar los principales componentes que precisa el Decreto 537 del 2020, y como estos responden a las necesidades de contratación en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

El decreto 537 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” (Decreto 537, 2020), se encamina a o tiene como propósito instaurar e implementar medidas en materia de contratación pública, fundamentadas principalmente en el uso de intensivo de las herramientas TIC. Con este decreto se hacen las modificaciones y se adoptan los mecanismos pertinentes que facilite la gestión y proceso de contratación pública mediante medios electrónicos como un mecanismo para garantizar la salud, seguridad y distanciamiento social con motivo de la pandemia del Covid-19.

Citando a Gaitán y Duque (2020), los componentes o elementos principales de esta norma son: “la implementación de herramientas tecnológicas; la suspensión de procedimientos sancionatorios, de procesos de selección y la revocatoria del acto de apertura; y medidas dirigidas a dar trato preferente a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda.” (p. 1); de igual manera y para el caso es preciso referir a la contratación de urgencia y la adición y modificaciones de los contratitos estatales vigentes.

1.1 La implementación de herramientas tecnológicas

Este componente es reiterativo en los artículos 1,2,4,6 y 9, estableciéndose expresamente que las audiencias públicas a las que hubiere lugar en ocasión de procedimientos de selección o sancionatorios podrán llevarse a cabo a través o mediante de medios electrónicos o virtuales, de igual manera, se autoriza la realización de eventos electrónicos para el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa. Sin embargo, en todos los casos se debe garantizar la participación, acceso de proponentes y control.

De igual forma, el decreto insiste en que las entidades estatales deben habilitar, garantizar y avalar medios tecnológicos y de comunicación apropiados, para la interacción entre las partes y el registro de la información; así como las aplicaciones de mecanismos o módulos electrónicos que permitan la recepción o admisión de documentos, la realización de trámites contractuales y el pago de facturas y cuentas de cobro de sus contratistas.

1.2 Suspensión de procedimientos sancionatorios, de procesos de selección y la revocatoria del acto de apertura

En este caso, el artículo 2 precisa una adición al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin de reglamentar “la suspensión de términos en procedimientos sancionatorios, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto” (Decreto 537, 2020, artículo 2); así mismo, el artículo 3 alude a la suspensión de los procedimientos relacionados con la selección de contratistas como consecuencia de la Emergencia económica, de igual forma precisa que las entidades públicas estarán facultadas para revocar, los actos administrativos de apertura cuando requieran de recursos para atender o enfrentar las escenarios propios de la pandemia.

1.3 Medidas dirigidas a dar trato preferente a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda.

Estas medidas están contempladas en los artículos 4, 5 y 6, de manera específica el artículo 4 refiere a las adquisiciones de bienes y servicios a por medio del catálogo procedente de los

Acuerdos Marco de Precios que se encuentren vigentes y estén dispuestos en la Tienda Virtual de Colombia Compra Eficiente.

Entre tanto a través del artículo 5 se hace una adición al artículo 2 de la ley 1150 de 2007, refiriendo a los mecanismos de agregación de demanda de excepción, mediante el diseño y organización de procesos de contratación a cargo de Colombia Compra Eficiente, para los acuerdos marco de precios por contratación directa, con el propósito de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios conexos a la pandemia del Covid-19.

Entre tanto con el artículo 6 mediante una adición al artículo 94 de la ley 1474 autoriza que con motivo de la pandemia y con el fin de atender las necesidades propias de la emergencia, las entidades públicas podrán contratar con grandes superficies.

1.4 Contratación de urgencia

En el artículo 7 se da lugar a la contratación directa e inmediata de bienes y servicios como respuesta a la urgencia manifiesta, según lo establecido en artículo 42 de la Ley 80 de 1993, con el propósito expreso de atender y enfrentar las situaciones que permitan la prevención, sujeción, contención y mitigación de los efectos derivados de la Pandemia, así como para la optimización de los recursos enfocados a fortalecer el sistema de salud.

1.5 Adición y modificación de contratos estatales

En el artículo 8 se autorizan las adiciones y modificaciones de contratos celebrados con el Estado, que estén relacionados o contribuyan a mejorar la gestión y mitigación de los efectos o consecuencias que está dejando la pandemia, estableciendo que en estos casos podrán hacerse adiciones sin limitación en el valor, siempre y cuando haya lugar a una justificación previa.

2. Transparencia en la contratación: Análisis jurisprudencial aplicación del Decreto 357 de 2020

Antes de referir directamente a la transparencia en la contratación estatal según decreto 357 de 2020, es preciso hacer alusión a la contratación como un “acto por el cual una parte se

obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Código Civil, artículo 1495), es decir, un contrato es un acuerdo entre partes que generalmente se realiza mediante un escrito en el cual se expresa el compromiso de cada una de ellas, una como contratista y la otra como contratante; ahora bien, en lo que respecta a la contratación estatal según la Ley 80 de 1993 se tiene que son:

Todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen en: contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión y encargos fiduciarios y fiducia pública. (Ley 80, 1993, artículo 32)

En contexto, la contratación pública es un acto solemne entre el Estado y personas que pueden tener un carácter natural o jurídico y cumplen con los requisitos para satisfacer los requerimientos o necesidades que se tienen; dadas sus características la contratación pública está sujeta a una observación especial para garantizar su cumplimiento y en especial la transparencia del proceso que según Sentencia CE SIII E 21489 de 2012 se enfoca o tiene como propósito garantizar la publicidad o difusión de las bases de datos relacionadas con los mecanismos de selección y la igualdad en las oportunidades para quienes quieran participar y cumplan con los requisitos; buscando que se seleccione la propuesta y el contratista que cumpla con los criterios de selección definidos previamente.

Citando a Tovar (2020) como consecuencia de los escándalos de corrupción que han envuelto a Colombia, se crea el Estatuto anticorrupción ley 1474 de 2011, que en su artículo 1 promueve la transparencia mediante nuevas inhabilidades buscando garantizar la adjudicación de contratos estatales a personas idóneas, en tanto el artículo 4 inhabilita a quienes incurran en actos de corrupción o financien campañas políticas con miras a obtener favores económicos. De igual manera en el artículo 5 estipula “la inhabilidad para que las personas que hayan celebrado contrato estatal de obra pública, concesión y suministro, así como sus familiares, puedan celebrar contratos de interventoría con la misma entidad” (ley 1474, 2011, artículo 5). Entre tanto, el artículo 90 determina la inhabilidad por el incumplimiento reiterado por parte del contratista.

La ley 1150 de 2007 también aporta al fortalecimiento de la transparencia contractual con o entre entidades públicas “promoviendo mediante la adopción de novedosas medidas para prevenir el indebido direccionamiento de la adjudicación del contrato estatal y para garantizar la libre competencia en la selección de contratistas” (Tovar, 2020, p. 10).

Refiriendo directamente al análisis jurisprudencial relacionado con a la vulneración o quebrantamiento del principio de transparencia en la contratación bajo el contexto del Decreto 537 del 2020 (en adelante DL 537), un rastreo de las sentencias proferidas hasta fecha evidencia que en junio de 2020 con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo se hace un estudio del DL 537, en el cual la Corte Constitucional de la República de Colombia según Sentencia C-181/20 se declaró *Exequible*, al considerar que efectivamente dicho decreto da cumplimiento a requisitos de formalidad constitucional relacionados con: “suscripción por el Presidente de la República y sus ministros; expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; existencia de motivación; y determinación de su ámbito de aplicación”.

Además, según lo manifiesta la Corte Constitucional en la Sentencia C-181/20 el DL 537 da cumplimiento *al juicio de finalidad* porque está encaminado específicamente a conjurar la crisis; al juicio de *conexidad material* interna y externa porque guarda relación específica con los motivos que sustentan su expedición; al juicio de *motivación suficiente* porque no pretende limitar derechos fundamentales sino garantizarlos, al juicio de *ausencia de arbitrariedad* porque la disposición bajo estudio no implica, de ninguna manera, una facultad ilimitada y arbitraria; al juicio de *intangibilidad* porque no contiene medida alguna que afecte los derechos “intangibles”; al juicio de *no contradicción específica* debido a que no se evidencia contradicción específica entre su contenido y el ordenamiento constitucional; a juicio de incompatibilidad se supera lo dispuesto en el artículo 8 y 10 ante la contradicción que presentan con la Ley 80; al juicio de *necesidad fáctica o idónea* la sala encuentra que existen razones suficientes que justifican las medidas adoptadas; al *juicio de proporcionalidad*, las medidas adoptadas no limitan garantías constitucionales y son consecuentes con la grave situación a atender; al juicio de *no discriminación* se tiene que las medidas adoptadas no implican trato discriminatorio alguno.

A pesar de que el Decreto 537 del 2020 cumple los requisitos formales y juicios de constitucionalidad, los informes de corrupción como el presentado por la ALAC y los Boletines de la Procuraduría General de la Nación evidencia que durante la pandemia los casos de corrupción en la contratación pública fueron persistentes y tuvieron una tendencia de crecimiento en relación con años anteriores, esto se materializa en casos como la suspensión del gobernador del Chocó Ariel Palacios Calderón y el alcalde de Calarcá, Quindío Luis Alberto Balsero Contreras al inicio de la pandemia en el primer semestre del 2020; de igual manera para la fecha se adelantaron 24 procesos disciplinarios en contra de 14 gobernaciones como las de Tolima y Cesar.

3. Responsabilidad disciplinaria de servidores públicos en los casos de corrupción en la contratación

Este análisis se enfoca a definir la responsabilidad disciplinaria que atañe a los servidores públicos, que han incumplido con los lineamientos contractuales en el contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19; para tal fin es preciso partir del concepto de responsabilidad disciplinaria que comprende “la relación causal existente entre el actuar del servidor público y el incumplimiento de los deberes constitucionales, legales y reglamentarios, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por acción, omisión o extralimitación” (Osorio, 2018, párr. 3). En el estudio de la responsabilidad disciplinaria se tiene en cuenta tres elementos jurídicos saber: la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad.

En el caso de la *tipicidad* esta se clasifica conforme al artículo 46 de la Ley 1952 de 2019 “por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario” (Ley 1952, 2019)², según esta norma las faltas de un servidor público pueden ser de tipo gravísimas, graves o leves, las cuales adquieren su nivel conforme a criterios relacionados con: la naturaleza esencial, el grado de perturbación o efecto causado, la jerarquía, posición y mando que el servidor público ostente, la trascendencia o impacto social que tenga la falta o el perjuicio que esta cause, las modalidades y circunstancias o contexto bajo el cual se cometió y los motivos que dieron origen o fueron determinantes del comportamiento ilícito; de acuerdo con lo estipulado o previsto en el artículo 47 de dicha norma.

Entre tanto la *antijuridicidad* como atributo de comportamiento o conducta humana que es desvalorada y prohibida por ir en contra del derecho y poseer carácter ilícito al considerarse una infracción a la norma, en el derecho disciplinario la antijuridicidad refiere entonces a “la violación al deber funcional sin justificación alguna, donde no se atiende al daño sufrido a un bien jurídico protegido, sino al incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público” (Osorio, 2018, párr. 7).

² La Ley 1952 de 2019 fue reformada y diferida por la Ley 2094 de 2021 hasta el 29 de marzo de 2022, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 relacionado con las facultades extraordinarias y el artículo 74 de la ley 2094 que hace alusión al reconocimiento y ejercicio de las funciones jurisdiccionales, los cuales empezaran a regir desde el 30 de junio, así como el artículo séptimo que modifica en artículo 33 de la ley 1952.

Finalmente, la *Culpabilidad* como conducta constitutiva de infracción administrativa, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 152 de 2019 “las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (Ley 52, 2019, artículo 10)

A nivel constitucional la responsabilidad disciplinaria que tienen los servidores públicos se precisa mediante el vínculo que se genera entre el empleo público ostentado, sus funciones y responsabilidades y el funcionario competente para ejercerlas. De manera específica la Constitución Política de Colombia hace alusión al tema en los artículos 6, 121, 122, 123 y 124. expresando ...”no hay empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” (Const., 1991, art. 122)... “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley...” (Const., 1991, art. 121; ...”los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones...”(Const., 1991, art. 6); “... los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...” (Const., 1991, art. 123); y “...la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” (Const., 1991, art. 124).

Bajo estos preceptos, se precisa entonces que la responsabilidad disciplinaria conlleva a un control disciplinario que tiene su origen en los mandatos constitucionales, bajo la cual se le otorgó autonomía e independencia a la Procuraduría para liderar el Ministerio Público; bajo este enfoque constitucional el control disciplinario lo efectúa o ejerce directamente la Procuraduría General del a Nación por medio de las procuradurías regionales y las oficinas encargadas del control interno.

En el ámbito de la contratación pública la responsabilidad queda estipulada en los artículos 26, 56, y 59 de la Ley 80 de 1993; en términos generales, el artículo 26 enfatiza en “la responsabilidad como un principio que emana el cumplimiento de los fines de la contratación, bajo el cual los servidores públicos deben responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas” (ley 80, 1993, artículo 26), así como responder ante un incumplimiento de los requisitos necesarios, formulación y asignaciones amañadas, ocultamiento de información, entre otras actuaciones que no favorecen la correcta ejecución del proceso. De otro lado, en lo que concierne a la responsabilidad penal que tiene las personas naturales o jurídicas del sector privado que intervienen en la contratación estatal, el artículo 56 consagra que:

Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación

de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos. (Ley 80, 1993, Artículo 56)

Entre tanto el artículo 59 confiere a las autoridades competentes los actos sancionatorios tomando en cuenta los hechos que los forjan, las motivaciones involucradas y las circunstancias.

Según análisis de la UAESP (2014) la responsabilidad que poseen los servidores públicos en la contratación se fundamenta en el respeto por los principios contractuales, la vigilancia y control de lo pactado, y la protección de los derechos del Estado y los contratistas; bajo estos preceptos según artículo 53 de la ley 80 de 1993 y artículo 82 de la ley 1474 de 2011 en los servidores públicos recaen responsabilidades de cuatro tipos a saber: 1) *civil* que implican reparar el daño patrimonial causado a consecuencia de sus omisiones o acciones dolosas o culposas; 2) *fiscal* consistente en el desembolso del valor equivalente al detrimento económico producido, e integran tres elementos que son: una conducta fraudulenta, dolosa o culposa, el daño ocasionado al patrimonio estatal y el nexo o vínculo causal; 3) *penal* puede ser la privación de la libertad, inhabilidad en el ejercicio de cargos públicos y contratos con entidades públicas o del Estado, por un periodo de 10 años y las multas que se consideren pertinentes; y 4) *disciplinaria* estas se cumplen conforme lo estipula la Ley 200 de 1995, Ley 734 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.

De otro lado, dejando de lados los elementos jurídicos y haciendo alusión a los hechos de corrupción en tiempo de pandemia del Covid-19 que ameritan medidas de responsabilidad disciplinaria, según Procuraduría General de la Nación (2020), en el primer semestre del año 2020 ya se hacían evidente los primeros casos de corrupción dentro de los que sobresale la suspensión del Gobernador de Chocó por contrato de más de \$2 mil millones de pesos con la Fundación Chocó Saludable; la cual fue levantada en el segundo semestre del mismo año bajo una estrategia de vigilancia liderada por la Regional Chocó y las delegadas para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente y para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública; la decisión de levantar la suspensión se fundamentó en los hechos de salud pública que enfrentaba el departamento a causa de un gran número de casos de Covid-19 y una ocupación de las UCI del 100%, bajo estas circunstancias la Procuraduría consideró imperioso propender por garantizar los derechos fundamentales a la vida, lo que implica una decisión racional de levantar la medida cautelar.

Otro de los casos relevantes para ese mismo periodo (I semestre del 2020) es la suspensión del alcalde de Calarcá, Quindío Luis Alberto Balsero Contreras a razón de un millonario contrato

suscrito en plena emergencia de coronavirus, en el cual se alteraron firmas para cambiar un contrato para proveer mercados equivalentes a 15 millones de pesos por uno de 396 millones en el cual se encontró implicado el señor Abelardo de Jesús Echeverri propietario del supermercado proveedor. Situación similar se presentó con el alcalde de Cereté, Córdoba, Luis Antonio Rhenals Otero, quien llevó a cabo un contrato con sobre costos por \$500 millones, destinados a la compra de mercados para las familias vulnerables.

Además de estos casos que han sido bastante sonados a nivel nacional, durante la pandemia la procuraduría ha hecho seguimiento a diferentes actuaciones disciplinarias dentro de las que sobresalen las que se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 1

Casos de corrupción evidenciados por la PGN en el marco de la pandemia Covid-19

Fecha	Depart.	Implicados	Descripción	Cuantía	Acción de la PGN
15 de abril de 2020	Tolima	Gobernación del Tolima	Irregularidades en la suscripción de contratos de adquisiciones para atender la pandemia Covid-19	11.500 millones de pesos	Abrió indagaciones preliminares
29 de abril de 2020	Chocó	Gobernador de Chocó y al secretario de Salud	Irregularidades en celebración de un contrato con la Fundación Prosperidad e Innovación para el Chocó	\$130 millones	Abrió investigación al gobernador Inició de proceso disciplinario al secretario
28 de abril de 2020	Cesar	Gobernador de Cesar	Investigación sobre correcta ejecución de contratos	\$14. mil millones	Suspende el proceso de liquidación de 37 contratos
29 de abril de 2020	Chocó	Gobernador de Chocó	Irregularidades en celebración de un contrato con la Fundación Prosperidad e Innovación para el Chocó	\$130 millones	Abrió invitación
5 de mayo de 2020	Córdoba	Alcalde de Tierralta y secretario de Gobierno	presuntos sobre costos en un contrato	\$750 millones	Abrió investigación y solicitó la suspensión provisional por 3 meses
13 de mayo de 2020	Córdoba	alcalde de Cereté	Presuntos sobre costos en la compra de 20 mil mercados	\$500 millones	Abrió investigación y solicitó la suspensión provisional por 3 meses
19 de abril del 2021	Huila	Alcaldesa de Campoalegre	Presuntas irregularidades en la firma de un contrato para desinfección de lugares públicos	\$48 millones	Abrió investigación
2 de junio de 2020	Quindío	Alcalde de Armenia	Presuntas irregularidades en la vigilancia a la celebración y posterior ejecución de cuatro contratos de suministros	\$1.590 millones de pesos.	Suspendió provisionalmente de
30 junio de 2020	Santander	Ocho miembros de la mesa directiva de	Presuntas irregularidades administrativas y financieras.		abrió investigación disciplinaria y

Fecha	Depart.	Implicados	Descripción	Cuantía	Acción de la PGN
		la Cámara de Comercio de Cúcuta	Avalar un incremento salarial entre el 15% y el 125% para cerca de 30 empleados, elegidos a criterio personal,		suspendió provisionalmente por tres meses
11 de julio de 2020	Córdoba	Alcalde de Chinú, Córdoba	Presuntas irregularidades en un contrato para compra de mercados.	\$49 millones	Abrió investigación disciplinaria
11 de agosto de 2020	Santander	Alcaldesa de Socorro	irregularidades en un proceso contractual	\$125 millones	Sancionó con suspensión de cinco meses.
13 de agosto de 2020	Huila	Jefe de la Oficina de Gestión del Riesgo de Neiva, y a la jefe de Prensa de la alcaldía de la ciudad.	Presuntas irregularidades en la contratación y ejecución de una campaña de sensibilización	\$438 millones	Abrió investigación disciplinaria
28 de agosto de 2020	Cundinamarca	alcalde de Cota.	Presuntos sobrecostos y acciones especulativas en contrato para atender emergencia	\$750 millones	Abrió investigación disciplinaria
4 de septiembre de 2020	Cundinamarca	Alcalde de Anapoima	Irregularidades y sobrecostos en contratación de manillas de colores y publicidad	\$20 millones	Sancionó con suspensión del cargo por el término de seis meses
17 de septiembre de 2020	Huila	Alcaldesa de Palermo y a la secretaria de Salud del municipio	Presuntos sobrecostos en la adquisición de insumos médicos, medicinas y elementos de protección		Abrió investigación
2 de octubre de 2020	Huila	la secretaria de la Mujer, Equidad e Inclusión de Neiva	Presuntas irregularidades en la compra de 4.500 mercados	\$2.389 millones	Abrió investigación
27 de octubre de 2020	Bolívar	Alcalde de la localidad Histórica y del Caribe Norte de Cartagena	Irregularidades en la compra de insumos sanitarios y de protección	\$599 millones	Sancionó con suspensión del cargo por cuatro meses
15 de junio de 2021	Córdoba	Cinco alcaldes municipales de Córdoba y sus secretarios de gobierno	Presuntos sobrecostos en la contratación de kits alimentarios.	\$1.300 millones	Abrió investigación disciplinaria
16 de junio de 2021	Huila	jefe de la Oficina de Gestión del Riesgo de Neiva	Presuntas irregularidades en la supervisión de un contrato firmado para entregar 5.000 mercados		Abrió investigación
20 de junio de 2020	Cundinamarca,	Alcaldesa de Ubaque	posibles irregularidades en un contrato celebrado para comprar elementos de seguridad y bioseguridad		Formuló pliego de cargos

Nota. Elaboración propia con base en boletines de la Procuraduría General de la Nación, 2021

Tal como se hace evidente en la tabla 1, durante el 2020 (primer año de pandemia), la procuraduría abrió varias investigaciones disciplinarias y sancionó a varios servidores públicos, debido a la celebración de contratos poco transparentes en los cuales se hizo evidente sobrecosto,

irregularidades de supervisión, procesos anómalos, favorabilidad a terceros, incumplimiento de requisitos, entre otras alteraciones que atentan contra el principio de transparencia.

De otro lado, desde una perspectiva general, acorde con los informes emitidos por la PGN las irregularidades contractuales en las diferentes entidades y dependencias públicas fueron evidentes pues en la primera semana de abril de 2020 “el Procurador General de la Nación, anunció la apertura de 10 procesos disciplinarios contra funcionarios de 8 departamentos, por presuntas irregularidades en la suscripción de contratos relacionados con la Emergencia Social, Económica y Ecológica por el COVID-19” (Procuraduría General de la Nación, 2020^a, párr. 3), los departamentos implicados fueron: Meta, Atlántico, Cesar, Arauca, Norte de Santander, Cundinamarca y San Andrés. Funcionarios públicos, los cuales suscribieron contratos por un valor promedio de \$800 mil millones.

De otro lado, es preciso asentar que el crecimiento de los casos de corrupción fue significativo pues para finales de *abril de 2020* la Procuraduría ya estaba adelantando “1.286 actuaciones de las cuales 990 correspondían a acciones preventivas y 296 a procesos disciplinarios, relacionados con casos de presuntas irregularidades en el manejo de recursos destinados a las ayudas humanitarias, para atender la emergencia derivada del Covid-19” (Procuraduría General de la Nación, 2020c, párr. 6), es importante resaltar que los casos de corrupción de estas investigaciones superaban los 5,4 billones de pesos.

Un mes después, el *21 de mayo de 2020*, la Procuraduría General de la Nación ya contaba con “2.562 actuaciones, de las cuales 1.563 correspondía a acciones preventivas, 999 procesos disciplinarios, 512 decisión procesal y 487 estudio preliminar de los hechos” (Procuraduría General de la Nación, 2020d, párr. 1-2). Estos casos se llevaron a cabo en el contexto de del programa de “Transparencia para la emergencia”, el cual buscaba salvaguardar los recursos destinados a la emergencia económica de la pandemia del Covid-19 y garantizar los derechos de los colombianos.

Dado el aumento de casos de corrupción en la contratación de productos y servicios para para el mes de junio de (2020) la procuraduría avanzó en la priorización de:

2.376 casos, de los cuales 813 correspondían a procesos disciplinarios y 1.563 actuaciones preventivas de vigilancia y seguimiento, presentados en 27 gobernaciones y 396 alcaldías por presuntas irregularidades con los recursos para atender la emergencia sanitaria por Covid-19. De los 813 procesos disciplinarios 82 correspondieron a 27 gobernaciones; de este grupo 66 se

encontraban en indagación y 12 en investigación. (Procuraduría General de la Nación, 2020b, párr. 4-5)

Bajo este escenario, la responsabilidad disciplinaria que atañe a los servidores públicos, que han incumplido con los lineamientos contractuales en el contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19, están fortalecidas en preceptos constitucionales y normativos bajo los cuales se consiente el ejercicio de las funciones de los servidores públicos en materia de contratación como una función sujeta a las normas; de esta forma su actuar antijurídico conlleva a sanciones disciplinarias que castiguen la ilicitud de sus actos en la contratación pública, más aún en las circunstancias actuales que conlleva a que estas se juzguen como conductas dolosas graves con base en su trascendencia social y el perjuicio causado en la población vulnerable. Dichas sanciones pueden ser:

1) Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima. 2) Suspensión en el ejercicio o cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. 3) Suspensión para las faltas graves dolosas. 4) Multas para faltas leves dolosas. 5. Amonestación escrita para las faltas leves culposas. (UAESP, 2014, p. 22)

En otras palabras, se hace pertinente una investigación disciplinaria rigurosa por parte de la Procuraduría General de la Nación que permita aclarar hasta qué punto fueron trasgredidos los principios de contratación pública y porque no se logró el objetivo principal de la función pública definida en la Constitución Política de 1991 y las normas adyacentes.

CONCLUSIONES

Una vez llevado a cabo el análisis normativo que permitiese determinar la incidencia del Decreto 537 del 2020 en la transparencia de la contratación pública en Colombia, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19, se pudo llegar a las siguientes conclusiones:

El decreto 537 de 2020 “por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” (Decreto 537, 2020), tiene como propósito instaurar e implementar medidas urgentes en materia de contratación pública, fundamentadas principalmente en: la implementación de herramientas, mecanismos o sistemas tecnológicos para atención y desarrollo de procedimientos en el ejercicio de las funciones públicas relacionadas con la contratación (artículos 1,2,4,6 y 9); la suspensión provisional de procedimientos sancionatorios en el ejercicio del poder punitivo, de procesos de selección de personal y la revocatoria del acto de apertura o forma exceptiva de finalizar un proceso de contratación (artículo 2); las medidas dirigidas a dar trato preferente a la utilización de los instrumentos de agregación de demanda como mecanismo habilitado legalmente para que las entidades públicas prioricen sus necesidades y coordinen el uso eficiente de los recursos (artículos 4, 5 y 6); la contratación de urgencia (artículo 7); y la adición y modificación de contratos estatales (artículo 8).

El análisis jurisprudencial orientado a la vulneración del principio de transparencia en la contratación o “acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Código Civil, artículo 1495), enfocada al Decreto 537 del 2020; según Sentencia C-181/20 cumple los requisitos o exigencias formales acorde a lo establecidos en los mandatos constitucionales relacionados con: “suscripción por el Presidente de la República y sus ministros; expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; existencia de motivación; y determinación de su ámbito de aplicación” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-181, 2020). De igual manera, respeta los juicios de: finalidad legítima, conexidad material interna y externa, motivación suficiente en las razones y hechos, ausencia de arbitrariedad en relación a los principios y derechos fundamentales definidos en la constitución y tratados internacionales, intangibilidad, no contradicción específica con los preceptos constitucionales y de

normatividad superior, incompatibilidad, necesidad fáctica o idónea, proporcionalidad y no discriminación.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 6, 121, 122, 123 y 124 de la constitución política de Colombia y las normas adyacentes como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, Ley 1150 de 2007 y Decreto Ley 20 de 1992 la función de los servidores públicos en Colombia debe estar fundamentada en conductas éticas que estén acordes a las funciones asignadas según su cargo, los fines del Estado y el bien general de la sociedad colombiana. Refiriendo al contexto de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretada con motivo de la pandemia del Covid-19, que según lo descrito en el artículo 215 de la Constitución Colombiana y acorde a la Guía de transparencia en la Contratación Estatal, permite durante esta emergencia, acudir a la figura de urgencia manifiesta a las entidades del Estado reguladas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que requieran o necesiten la adquisición de bienes y/o servicios coherentes o enfocados a instar las causas que dieron origen o son base para la implementación de la medida extraordinaria; la responsabilidad disciplinaria que atañe a los servidores públicos, que han incumplido con los lineamientos contractuales debe estar sujeta a los lineamientos establecidos por la constitución y la ley, así, si se ha evidenciado acciones que se desvían del objeto contractual, los servidores públicos que participaron en contrataciones carentes de transparencia y demás principios constitutivos del proceso se convierten en sujetos de una sanción disciplinaria o el desarrollo de una investigación penal, según sea la gravedad de su conducta. Dentro de las sanciones disciplinarias a las que se daría lugar estarían: “1) Destitución e inhabilidad general, 2) Suspensión en el ejercicio o cargo e inhabilidad especial, 3) Suspensión para las faltas graves dolosas. 4) Multas para faltas leves dolosas. 5. Amonestación escrita para las faltas leves culposas” (UAESP, 2014, p. 22)

Se puede evidenciar que en el marco de esta pandemia se estaría excediendo en el uso de mecanismos de contratación por fuera de la norma, dado que se han presentado irregularidades en las contrataciones, tales como: beneficiar a terceros en la adjudicación de contratos, aprovechamiento de recursos públicos en beneficios personales, desviación de recursos, realizar contrataciones por la modalidad de urgencia manifiesta sin cumplir con las disposiciones legales establecidas, entre otras. Bajo estas circunstancias, el Estado Colombiano en aras de garantizar la aplicabilidad de los principios en la Contratación, debe sancionar a todos aquellos encargados de participar en indebidas prácticas de la contratación, y de este modo asegurar que se restituya

aquellos recursos públicos que se desaprovecharon para afrontar la crisis de pandemia, puesto que los servidores públicos son los comisionados o encargados de elaborar las especificaciones técnicas, estudios de mercado, análisis de ofertas, y deben verificar que los oferentes que se presenten cumplan con los requisitos y la experiencia exigida en el pliego de condiciones estipulado, como consecuencia son aquellos que deben velar para que todo el proceso de la contratación se realice de forma transparente.

Para terminar, se requiere que el gobierno atienda eficientemente las necesidades de la población, lo cual implica garantizar ciertas condiciones de transparencia en la práctica de la contratación y en la compra pública, tanto en materia de recuperación económica, como a nivel de insumos claves para combatir la pandemia, acudiendo al apoyo de los entes de control (Procuraduría General de la Nación- Contraloría General de la República) para que en ejercicio de su función preventiva y correctiva, salvaguarden el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas a la Contratación Pública.

REFERENCIAS

- ALAC. (2020). *Alertas de Corrupción en tiempos de pandemia*. Bogotá Colombia: Corporación Transparencia por Colombia. Obtenido de <https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/informe-alertas-de-corrupcion-en-tiempos-de-pandemia.pdf>
- Cabezas, E., Andrade, D., & Torres, J. (2018). *Introducción a la metodología de Investigación científica*. Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE.
- Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). *Ley 80 de 1993*. Obtenido de Diario Oficial 51698 (7 de junio de 2021): http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República. (16 de Julio de 2007). *Ley 1150 de 2007*. Obtenido de Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República. (12 de Julio de 2011). *Ley 1474 de 2011*. Obtenido de Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Congreso de la República. (9 de Junio de 2015). *Ley 1753 de 2015*. Obtenido de Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html
- Congreso de la República. (28 de Enero de 2019). *Ley 1952 de 2019*. Obtenido de Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html
- Consejo de Estado. (s.f.). *Contratación Estatal*. Obtenido de [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01\(18836\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).pdf)
- Constitución Política de la República de Colombia*. (1991). Obtenido de Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional. (2020). *Sentencia C-181/20*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-181-20.htm>

- Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Síntesis : 1. Etapa precontractual: Principios de la contratación estatal*. Obtenido de <https://sisintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>
- Gaitán, J., & Duque, J. (2020). *Intervención ciudadana*. Obtenido de Universidad del Rosario: <https://www.urosario.edu.co/Documentos/Facultad-de-Jurisprudencia/Observatorio-legislativo/2020/DL-537.pdf>
- Gallardo, E. (2017). *Metodología de la Investigación*. Huancayo: Universidad Continental.
- Ministerio De Relaciones Exteriores. (20 de Enero de 1992). *Decreto 20 De 1992*. Obtenido de Diario Oficial No 40.260 de 3 de enero de 1992: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0020_1992.html
- Ministerio de Salud y Protección Social. (12 de Abril de 2020). *Decreto <Legislativo> 537 De 2020*. Obtenido de Diario Oficial No. 51.283 de 12 de abril 2020: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0537_2020.html
- Osorio, M. d. (19 de Septiembre de 2018). *Responsabilidad fiscal vs. responsabilidad disciplinaria (Parte I)*. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-fiscal-vs-responsabilidad-disciplinaria-parte-i-2772441>
- Pabón, M. (2020). *Contratación pública en la pandemia: un asunto muy opaco en Santander*. Obtenido de <https://masinformacionmasderechos.co/2020/09/28/contratacion-publica-en-la-pandemia-un-asunto-muy-opaco-en-santander/>
- Presidencia de la República de Colombia . (22 de Marzo de 2020). *Decreto 457 de 2020*. Obtenido de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20457%20DEL%202%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (23 de Abril de 2020). *Procuraduría identificó riesgos de la contratación por emergencia sanitaria de covid-19*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-identifico-riesgos-de-la-contratacion-por-emergencia-sanitaria-de-covid-19.news>
- Procuraduría General de la Nación. (8 de Abril de 2020a). *Procuraduría abre 10 procesos en 8 departamentos por sobrecostos o irregularidades en contratación para atender emergencia sanitaria por covid-19*. Obtenido de Boletín 225: https://www.procuraduria.gov.co/portal/Covid-19_-

Procuraduria_abre_10_procesos_en_8_departamentos_por_sobrecostos_o_irregularidades_en_contratacion_para_atender_emergencia_sanitaria.news

Procuraduría General de la Nación. (17 de Junio de 2020b). *Procuraduría adelanta 813 procesos disciplinarios en 27 gobernaciones y 396 alcaldías por presuntas irregularidades con los recursos para atender la emergencia sanitaria por covid-19*. Obtenido de Boletín 366: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-adelanta-813--procesos-disciplinarios-en-27-gobernaciones-y-396-alcaldias-por-presuntas-irregularidades--con-los-recursos-para-atender-la-emergencia-sanitaria-por-covid-19---.news>

Procuraduría General de la Nación. (24 de Abril de 2020c). *Procuraduría revela primeras decisiones frente a presunta corrupción con la contratación por la emergencia sanitaria por el covid-19*. Obtenido de Boletín 248: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-revela-primeras-decisiones-frente-a-presunta-corrupcion-con-la-contratacion-por-la-emergencia-sanitaria-por-el-covid-19.news>

Procuraduría General de la Nación. (21 de Mayo de 2020d). *Procuraduría adelanta 512 procesos disciplinarios por presuntas irregularidades en 26 gobernaciones y 272 alcaldías en la emergencia sanitaria por covid-19*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/-Procuraduria-adelanta-512-procesos-disciplinarios-por-presuntas-irregularidades-en-26-gobernaciones-y-272-alcaldias-en-la-emergencia-sanitaria-por-covid-19.news>

Procuraduría General de la Nación. (2021). *Boletines informativos 2020-2021*. Obtenido de Noticias: comunicados: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/?option=net.comtor.cms.frontend.component.paginefactory.NewsComponentPageFactory>

Tovar, J. (2020). Análisis de la ilicitud disciplinaria en los contratos estatales de prestación de servicios en Colombia. *Universidad Santiago de Cali*, 1-26. Obtenido de <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/3266?show=full>

UAESP. (2014). *Responsabilidad de la supervisión en la contratación estatal*. Obtenido de https://www.uaesp.gov.co/uaesp_jo/images/SubdAsuntosLegales/capacitaciones2014/5_PRESENTACION_CAPACITACIoN_DISCIPLINARIOS_CONTRATOS.pdf