

GUÍA PARA LA CONTRATACIÓN TRANSPARENTE en el Distrito DE Bogotá



ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ

Enrique Peñalosa Londoño
Alcalde Mayor de Bogotá

Dalila Astrid Hernández Corzo
Secretaria Jurídica Distrital

William Antonio Burgos Durango
Subsecretario Jurídico

Gloria Edith Martínez Sierra
Directora Distrital de Política e Informática Jurídica

Autor

Jorge Hernán Beltrán Pardo
Contrato de Prestación de Servicio No. 175 de 2015

**Agradecimiento al equipo de
Beltrán Pardo Abogados & Asociados,
especialmente a Camilo Navarro.**

Edgar Millán Carrasquilla
Diseño y diagramación

Impresión
Imprenta Distrital –DDD

ISBN 978-958-717-238-6

**Bogotá, D.C.
2016**



Porque sirvo mejor a la ciudad

INTRODUCCIÓN

“*Hecha la ley, hecha la trampa*” es un antiguo refrán que nos lleva inexorablemente a la esencia de la corrupción y a una de sus principales características, la evolución o su permanente modificación. También nos conduce a una realidad lamentable, vinculada con la esencia de la naturaleza humana y a las dificultades de vivir en sociedad bajo el respeto de parámetros de convivencia. Al igual que la mayoría de refranes y adagios populares, es difícil determinar su origen, pero tan ligado está a la humanidad que se tienen registros de su existencia desde las primeras civilizaciones *Inventa lege, inventa fraude*; uno de los relatos más llamativos es el relacionado con un grupo de monjes que tan solo podían comer carne de animales de mar, pero en vista de la dificultad que conllevaba conseguirlos, optaron por denominar a los jabalíes, que eran abundantes en el área, como *ballenas silvestres*¹.

Este adagio es un claro reflejo de nuestra época, donde en el día a día, presenciamos un escándalo tras otro en todos los

1 Mariaini, Fosco. “Secreto Tibet”. Ed. Arthaud. 1952.



ámbitos de nuestra cotidianidad, hasta el punto de hacernos sentir que la corrupción es parte normal de la vida y que siempre ha estado y va a estar presente en nuestra sociedad; esa sensación de permeabilidad puede generar la falsa percepción de que es inevitable hacer parte del engranaje de la corrupción. Pero, sin duda es una pelea que no se puede dejar de dar, teniendo en cuenta los efectos negativos que trae consigo la corrupción, los cuales pueden llegar a afectar incluso, la estabilidad de un Estado, como lo señala Bertrand de Speville:

“El mundo moderno ha llegado a darse cuenta de que los valores éticos, la integridad y el buen gobierno constituyen los cimientos de un Estado exitoso. El mundo también se ha percatado de que la corrupción socava estos cimientos. Cuando los cimientos se socavan lo que probablemente sobrevendrá es un colapso: colapso del Estado de Derecho, colapso de los sistemas económicos y políticos, colapso del desarrollo social, colapso de la seguridad y rabia hacia la pérdida de los pilares éticos de nuestra vida.”²

Ante la perspectiva anterior, resulta clara que la lucha contra la corrupción se convierte en un asunto constante y necesario, por cuanto la evolución de sus modalidades obliga a tomar medidas en un escenario reiterativo y evolutivo. Esta situación es identificada desde diversos sectores, al estimar que *“los corruptos siempre buscan nuevos caminos para enriquecerse”³*. Y es por esto que esta lucha es equiparable al símbolo uróboros, el cual muestra una serpiente que está comiendo

-
2. Speville, Bertrand de. Ed. Planeta. Primera Edición. 2011. P. 29 - Bertrand de Speville se desempeñó como procurador en Hong Kong, fue director de la Comisión Independiente contra la corrupción durante los años anteriores a la devolución de esa ciudad a China y, más tarde, asesor del grupo multidisciplinario contra la Corrupción del Consejo de Europa.
 3. Encíclica caritas in Veritate. Papa Benedicto XVI, 11 de noviembre de 2009.

su propia cola, este símbolo ha sido empleado por culturas milenarias (Egipto, Grecia y los países nórdicos) para representar la naturaleza cíclica o el círculo sin fin, pero también ha sido entendido como la lucha eterna y puede representar que el inicio de la corrupción es el fin de las organizaciones.

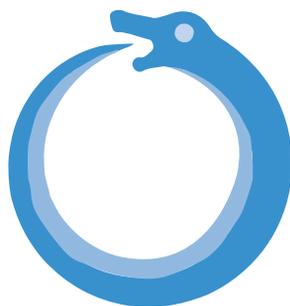


Figura 1. Imagen del símbolo uróboros

Viendo que la corrupción es un fenómeno que permanentemente evoluciona, se hace necesaria una fórmula dual para lograr enfrentarla. Por un lado, es necesario, que tal como se actualiza el antivirus de un *software* de computador, las normas evolucionen conforme a las nuevas conductas. Pero por otro lado y no menos importante está la labor preventiva, la cual parte incluso, desde la formación y los valores éticos impartidos en casa y colegio, pero también en el reproche social y jurídico que se haga de conductas creativas para eludir la ley, sus principios y finalidades, que en últimas es lo que pretende el corrupto.

Frente a la primera parte de la fórmula, es claro que el Gobierno Nacional ha expedido diversas normas, la más reciente el Estatuto Anticorrupción⁴, la cual tuvo un avance macro respecto a cualquier norma anterior, por cuanto planteó una estrategia global, desde lo sancionatorio hasta la formación educativa dirigida a una cultura de la legalidad, además, dicha norma amplió el concepto de corrupción, el cual previamente era relacionado específicamente con el sector público. El nuevo criterio es más amplio e incluye al sector privado: *“El mal uso del poder otorgado, para beneficio privado”*⁵. Otra definición, establecida por la orga-

4. Es la segunda versión del Estatuto, por cuanto el primero fue la Ley 190 de 1995.

5. <http://www.transparency.org/what-is-corruption/>

nización Transparencia por Colombia es: *“Corrupción es el abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer, solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones.”*⁶

Con relación a la segunda parte de la fórmula, las herramientas de prevención han surgido desde varias perspectivas, pero la realidad indica que nunca sobrarán y que siempre será indispensable la creación de nuevas herramientas para combatirla. Sobre esta visión de educación frente a la prevención como mecanismo de lucha contra la corrupción y de promoción de transparencia, es que se requiere el desarrollo o diseño de herramientas que permitan hacer frente a la evolución del fenómeno, las cuales deben apuntar a romper y aceptar la coexistencia o la relación simbiótica que hoy compartimos con la corrupción. Esta es la razón más importante para desarrollar la presente Guía, la cual pretende convertirse en un instrumento de Transparencia que aporte elementos para mejorar la gestión de la administración.

Cabe señalar que frente a la administración, la corrupción se presenta en muchas de sus actividades, por ejemplo en la gestión de recursos humanos o en la planeación, pero es frente a la contratación estatal donde se presenta el escenario más alarmante y a su vez más apetecible, dado que la contratación pública es el mecanismo primario mediante el cual se cumplen los fines estatales, es decir, es el instrumento más empleado para la ejecución de recursos públicos que oscilan mundialmente y Colombia no es la excepción registrando recursos comprometidos en alrededor del 15 %

6. Querubín, Rodrigo. “La lucha contra la corrupción y la Ética Pública y Privada”. Ed. Carrera 7^a Primera Edición. Bogotá, D.C., 2005. Pág. 3. Tomado del libro “Elementos para construir un sistema nacional de integridad”, Transparencia por Colombia, Capítulo 1, Abril 2002.

del PIB. En este sentido, surge la necesidad de entregar una herramienta específica sobre el sector de la contratación estatal, planteando una serie de ayudas que permitan actuar dentro del marco del principio de Transparencia, el cual proviene desde Estatuto de Contratación, resultando básico para su funcionamiento y garantía, el cumplimiento de los fines estatales.

Por lo anterior, la presente Guía desarrolla en una primera parte el panorama de las cifras de corrupción con el fin de contextualizar a nuestros lectores, para luego entrar a señalar y describir las prácticas más comunes que se presentan frente a la contratación estatal, abordando cada caso como si fuese una enfermedad, ante la cual se debe emplear un tratamiento específico, partiendo de la base de prácticas que si bien no están prohibidas expresamente en la norma, si desatienden el principio y en consecuencia ya han tenido algún reproche por parte de las autoridades, que incorporamos a manera de prevención del daño antijurídico y de la responsabilidad personal de los servidores con un enfoque práctico y en lo posible no muy jurídico, con lo cual esperamos cumplir nuestro propósito.

1.

CONTEXTUALIZACIÓN

1.1

LAS CIFRAS DE LA CORRUPCIÓN

.....

La corrupción tiene una característica marcada, relacionada con su ámbito secreto, la cual parte de que los acuerdos que gobiernan su funcionamiento, y es secreto porque normalmente permanecen en la clandestinidad. Esta situación hace que la corrupción en todas sus prácticas solo pueda ser apreciada si es descubierta, es decir mediante juicios, sanciones o incluso escándalos públicos. Pero las situaciones que no alcancen a resultar visibles, van a permanecer al margen de cualquier medición.

Por ende, la percepción parte de que resulte visible, lo cual depende de la tarea de organismos de investigación, juzgamiento y control, además de la presencia activa de los medios de comunicación.



A pesar de lo anterior, la medición de la corrupción resulta importante para enfrentar el problema, para revisar cuales son los puntos más complejos y adecuar la política pública. Política fundamentada a nivel nacional en las siguientes normas:

Ley 190 de 1995 "Normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa"

Ley 412 de 1997 "Convención Interamericana contra la Corrupción"

Ley 1474 de 2011 "Normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"

Ley 1563 de 2012 "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales"

Decreto Ley 019 de 2012 "Ley Antitrámites"

CONPES 167 de 2013 "Estrategia Nacional de la Política Pública integral Anticorrupción"

Ley 1712 de 2014 "Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional"

Figura 2. Normas relacionadas con lucha anticorrupción

La importancia de la lucha contra la corrupción radica en propender por el desarrollo social, por cuanto la corrupción genera consecuencias directas sobre el aumento de la pobreza, mediante la falta de eficiencia en la inversión social. Pero otra consecuencia, que puede incluso llegar a generar una herida fatal en una administración, es su pérdida de legitimidad, la cual no solo afecta al componente de gobernabilidad, sino al componente político e incluso al judicial.

El CONPES 167 de 2013⁷, señaló un asunto que es palpable, relacionado con que existen deficiencias en las herramientas actuales y dicha situación permite que la corrupción tenga un caldo de cultivo más apropiado para su gestación.

Uno de los puntos concretos, como se señaló en la introducción de la Guía, es la “Persistencia de la corrupción asociada a la contratación pública” frente a la cual se ha dicho que “la corrupción en la contratación, supone transgresión de la ley con fines diferentes a los dispuestos para la celebración y ejecución de contratos”.⁸

Frente al mecanismo de medición de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, la calificación de Colombia ha sido constante desde 2012, es decir, no ha obtenido una calificación superior a los 37 puntos sobre 100, lo cual la ha ubicado en el puesto 94 entre 175 países. El primer país, de conformidad con el índice es Dinamarca, el cual llega a los 92 puntos. En el continente americano, la lista la encabeza Canadá ocupando el puesto 17, con 81 puntos y la cierra Venezuela en la posición 161, con 19 puntos.

Conforme a lo anterior, Transparencia por Colombia a través del Índice de Transparencia Nacional, refleja que al interior del país, los riesgos de corrupción administrativa sobre las entidades evaluadas prima en los temas de planeación, talento humano y contratación. Concretamente, en la contratación estatal, el riesgo más alto es derivado de la recurrencia en el uso de las modalidades de contratación, y las de menor

7. Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción”. Bogotá, D.C., 9 de diciembre de 2013.

8. Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción. Bogotá, D.C., 2005

riesgo son las circunstancias que se presentan en las etapas de planeación y ejecución contractual.

Frente a las medidas anticorrupción y las políticas de comportamiento ético, la calificación obtenida es baja, por lo que es importante que se avance en el desarrollo de las mismas como instrumento preventivo, de control y sanción sobre hechos de corrupción. Lo anterior surge como una amplia justificación para la existencia de herramientas como la presente, y más si se tiene en cuenta el componente de aumento de las sanciones relacionadas con los delitos contra la administración pública y las de orden disciplinario.



CATÁLOGO DE RESPONSABILIDADES

.....

Sobre la actividad de los funcionarios, en el desarrollo de su cargo, se pueden generar varios tipos de responsabilidades, los cuales serán autónomos e independientes, en la medida que lo que persiguen es distinto, como lo veremos a continuación:

1.2.1 Responsabilidad Disciplinaria

La responsabilidad disciplinaria se deriva del incumplimiento de los deberes que tiene el funcionario a su cargo, por el abuso o extralimitación. Surge de la subordinación de la persona al Estado, por lo cual es una responsabilidad individual, la cual busca que el funcionario actúe ajustado a los principios de la función administrativa y a los deberes y prohibiciones establecidos. Ésta busca garantizar que se cumplan los intereses de la sociedad (interés público).

Los actores que pueden incurrir en esta responsabilidad son:



Figura 3. Sujetos Disciplinables.

Por otra parte, respecto de la sanción, hay que señalar que a diferencia de los delitos, las sanciones disciplinarias son abiertas (es decir, no se encuentran establecidas literal y estrictamente en la norma), pero están clasificadas en *Gravísimas*, *Graves* y *Leves*. Además tienen modalidades, las cuales son principalmente el dolo (cuando se tiene conciencia), la culpa gravísima (cuando se actúa con ignorancia, desatención o desconocimiento) y la culpa grave (inobservancia al cuidado necesario). En ese sentido, la siguiente figura explica la formulación de la sanción disciplinaria:



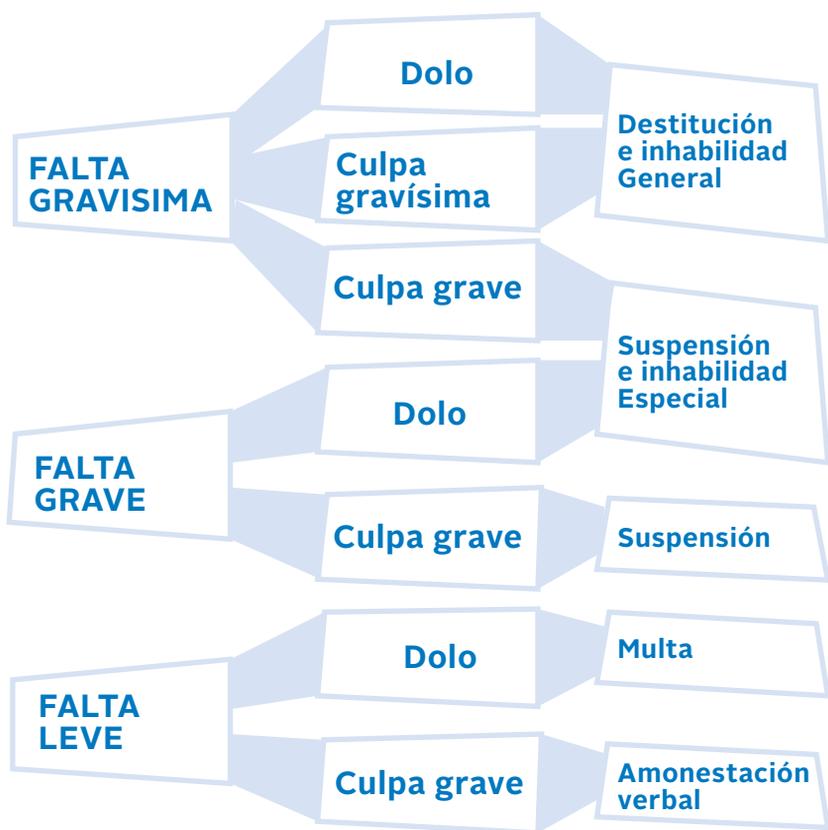


Figura 4. Estructura Falta Disciplinaria.

1.2.2 Responsabilidad Penal

Se deriva de incurrir en los tipos establecidos dentro de la norma penal, es decir de incurrir en una conducta establecida como delito. Frente a los servidores públicos, los delitos que se pueden derivar, en virtud de su calidad, son los señalados como “Delitos contra la Administración Pública” y concretamente, frente a la contratación estatal; los siguientes son lo que comúnmente se cometen:



Figura 5. Principales delitos relacionados en la contratación estatal.

Es posible que acorde a la conducta, se desprenda más de un delito, por ejemplo en el caso en que se ofrezca una “dádiva” a un funcionario, para que altere su juicio en la evaluación de ofertas en un proceso de selección, de éste se desprenden varias conductas:

- Cohecho propio: Para el servidor
- Cohecho por dar y ofrecer: Para quien entrega la dádiva
- Interés indebido en la celebración de contratos

1.2.3 Responsabilidad Fiscal

Se concreta en el “(...) resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”⁹

9. Younes Moreno, Diego. “Derecho del Control Fiscal”. Ed. Ibáñez. Quinta Edición. Bogotá, D.C., 2006. Pág. 303

El daño patrimonial al Estado se traduce en la disminución, el menoscabo o el detrimento, al que se pueda llegar mediante un mal manejo de los recursos públicos o que atente contra el cumplimiento de los fines estatales.



2.

RECETARIO DE TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN ESTATAL

A continuación presentamos una Guía de tratamientos frente a las prácticas más comunes donde se presentan violaciones al principio de Transparencia en la contratación estatal. La cual se divide en las siguientes etapas propias del proceso contractual:



Figura 6. División metodológica.



2.1

PLANEACIÓN

2.1.1 Plan Anual de Adquisiciones (PAA)

“Al que le van a dar, le guardan”

Como una obligación legal¹⁰ para la Entidad, está concebida *“la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones (PAA), el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretende adquirir durante el año”*. En ese sentido, la norma contempla que es la Entidad la que debe señalar la necesidad e identificar el bien, obra o servicio que lo satisface. Además de lo anterior, surge un punto muy importante en materia de planeación, correspondiente al deber de indicar el valor estimado del contrato, la modalidad de selección del contratista y la fecha aproximada en que se dará inicio al proceso de selección. Para adelantar

10. Art. 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

esta labor, la Entidad debe atender los lineamientos que para dicho asunto ha contemplado Colombia Compra Eficiente¹¹.

Bajo esa óptica, este ejercicio de planeación se convierte en una herramienta de Transparencia y lucha contra la corrupción, por cuanto permite realizar un control social derivado de la publicidad del documento. Pero este enfoque puede ser alterado en la medida en que la Entidad, no cumpla con la formulación del mismo o lo haga evadiendo el objeto general de la Entidad o las necesidades que debe cubrir mediante la contratación estatal, o lo actualice de último momento para adicionar un bien o servicio que no fue suficientemente divulgado *con miras a garantizar el provecho a un tercero*.



SINTOMATOLOGÍA

- De la revisión del Plan, se pueden detectar tres tipos de inconsistencias: La primera, entre el objeto o finalidad de la Entidad y el bien o servicio a contratar, la segunda, frente a las necesidades de la comunidad en relación con las contrataciones a realizar, y la tercera, cuando no se publican con suficiente antelación las contrataciones a realizar.
- Esta ventana en el Plan Anual de Adquisiciones, a futuro, puede permitir que se ejecuten contratos que favorezcan a terceros, con lo cual se concreta la trampa.

11. Circular N° 2 del 16 de agosto de 2013 y Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones.



- Lo anterior, se traduce en eventos como la construcción de puentes peatonales en vías no usadas o construcción de complejos deportivos innecesarios¹². Dichas obras se convierten en *elefantes blancos*¹³ por cuanto no se consultan las necesidades de la comunidad y esto puede generar su falta de uso o que se conviertan en obras inconclusas.



TRATAMIENTO



- La Transparencia permite que ojos externos evidencien si existe algún riesgo como los descritos y la planeación evita la improvisación, la cual debe ser tanto a corto como a largo plazo, estableciendo metas cumplibles. En ese sentido, se debe realizar la publicación del Plan, a tiempo y bajo los parámetros establecidos, considerando las verdaderas necesidades estatales.
- La formulación del Plan requiere del trabajo mancomunado de diversos partícipes de la Entidad, para lo cual se aconseja tener en cuenta lo siguiente:
 - > Para planear a futuro hay que mirar el pasado, por lo que es importante revisar la ejecución de los años anteriores, así determinar cuáles son necesarias, prioritarias y permanentes y la forma como se han realizado.

12. Caso velódromo de Arauca

13. *Elefantes blancos* es una expresión que se remonta a los tiempos de antaño en Tailandia. Se entiende por ello, aquellos proyectos que absorben gran cantidad de recursos y producen muy pocos beneficios.



- > El Plan Anual de Adquisiciones debe ser elaborado con la debida antelación, para que el área o el funcionario delegado, expida y socialice las circulares y directrices a tiempo, frente a toda la Entidad para que la planeación sea adecuada y la publicidad garantice la participación de todos.
- El Plan se convierte no solo en una herramienta de planeación sino de **control de ejecución** de la Entidad y en ese sentido se debe evitar realizar cualquier contratación que se encuentre por fuera del mismo, por lo que debe existir un filtro que ejerza control.
- El equipo que esté a cargo de construir el Plan debe procurar elaborar una justificación y una motivación para cada contratación, lo cual va a evitar a futuro un llamado de atención por parte de los entes de control.
- Debe evitarse la actualización intempestiva del Plan, con contrataciones que no se hayan previsto con antelación y no garanticen la suficiente difusión, sobre todo cuando afectan tiempos y plazos de los acuerdos comerciales internacionales¹⁴.



EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

- La no realización ni presentación a tiempo del Plan Anual de Adquisiciones, implica el “no cumplimiento

14. http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf



de los fines del Estado”, a lo cual la Procuraduría General de la Nación la cataloga como falta grave¹⁵.

- Normalmente se constituye como un “Hallazgo administrativo”, dentro de los informes de auditoría de vigencia anual de la Contraloría General de la República, la falta de coherencia entre las adquisiciones previstas y el objeto de la Entidad. Si se ha incurrido en lo anterior, es posible un hallazgo con connotación fiscal y un posible juicio de responsabilidad.
- Esta conducta atenta contra la Transparencia y además contra la coherencia del sistema de compras, por cuanto la proyección de lo que se pretende contratar debe garantizar ser pública y su anuncio debe respetar una mínima antelación para que pueda ser objeto de control social.
- Tenga en cuenta que dentro de las auditorias anuales que realiza la Contraloría General de la República a todas la Entidades, el Plan Anual de Adquisiciones es el primer documento solicitado, por cuanto éste será el insumo para determinar porcentajes de ejecución.

De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:

15. Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Fallo Radicado N° 161 - 5562 (IUS 2009 - 324289). Bogotá, D.C., 17 de octubre de 2013. P.D Ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía.

TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
<p>DISCIPLINARIO</p>	<p>Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Fallo Radicado N° 161 - 5562 (IUS 2009 – 324289) Bogotá, D.C., 17) de octubre de 2013. Ponente: Juan Carlos Novoa Buendía:</p> <p><i>“(...) la no realización del plan de compras en los tiempos señalados en la norma, resulta de una inobservancia de los principios de planeación, eficacia y transparencia, por parte del disciplinado y una clara falta de diligencia y cuidado en el manejo de los asuntos públicos de su parte, constituyéndose su conducta en una falta que pone en riesgo de un resultado dañoso para el Estado, en tanto los recursos públicos no son manejados con eficiencia, eficacia y transparencia.”</i></p>
<p>FISCAL</p>	<p>Conforme a cada caso, es viable que se configure un hallazgo administrativo, o un hallazgo con incidencia fiscal o disciplinaria.</p>

2.1.2 Estudio de mercado

“¿A cómo y por qué tan caro?”

La determinación del presupuesto oficial del proceso, para la contratación de bienes o servicios, debe ser consecuencia de un trabajo de búsqueda de ofertas de mercado que resulten



competitivas y ajustadas al tipo de prestación realizada, previa determinación de sus posibles variaciones.

La norma¹⁶ establece que es deber de las Entidades Estatales realizar un análisis del sector, lo que implica adelantar un estudio de mercado juicioso que contemple las diferentes variables que se puedan presentar sin que el análisis se limite a las “*consabidas 3 cotizaciones*” pues en algunos casos no aplica o no resultan suficientes, como elemento de juicio. La situación se configura cuando se aumentan los precios de las cotizaciones con el objetivo de contratar a precios “inflados” y se superan los establecidos por el mercado, de donde se puede “sacar una tajada”.



SINTOMATOLOGÍA

Esta conducta se puede detectar con una simple comparación entre el valor de los contratos celebrados y los precios del mercado sobre un bien o un servicio específico, donde aparecerá una diferencia importante entre los dos, la cual en algunos casos se convierte en el excedente para pagar la *mordida*¹⁷.

16. Artículo 2.2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015

17. *Mordida* es un eufemismo para hablar de sobornos, en el ámbito público se refiere cuando los funcionarios –públicos- buscan una comisión por organizar un negocio.



TRATAMIENTO

- Por una parte, la Entidad debe tomar de base los precios que otras Entidades han considerado, percatándose que éstos se encuentren actualizados, debido a que en la práctica algunas bases de datos contienen indicadores que suelen estar por encima o por debajo de los precios reales del mercado.
- Resulta adecuado que la elaboración del presupuesto sea una tarea colegiada, para que aplique el sistema de “pesos y contrapesos”, con lo que se garantiza transparencia y se evita que el servidor resulte afectado por ofrecimientos externos.
- La adecuada elaboración de un estudio de mercado o análisis del sector, implica el uso de diversas variables que permiten permear de un carácter objetivo la determinación del precio, tales como uso de precios de revistas especializadas, catálogos de precios, precios históricos de la misma entidad. En la contratación directa se debe considerar la oferta del contratista, precios de otros contratos del mismo contratista u otros si los hubiere, el acuerdo entre las partes y no es procedente la exigencia de cotizaciones¹⁸.

18. Consejo de Estado, Sentencia del 7 de Marzo de 2011 C.P Enrique Gil Botero, donde expresó que:

“Pero no sólo de aquí se deduce lo que se viene expresando. Del articulado mismo de la ley 1.150 se desprende que **las causales de contratación directa no requieren de la obtención de un número plural de ofertas. Por el contrario, la escoge libremente, bien pidiendo una sola oferta o incluso ninguna, pudiendo pasarse -en este último caso- a suscribir directamente el contrato.**





EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

- La falta del análisis adecuado, implica de forma directa, un detrimento patrimonial, así no se genere como consecuencia de alguna *mordida*. Es decir, el simple hecho de pagar de más, sin importar si existe o no la intención de hacerlo, derivan en una afectación al patrimonio de la Entidad.
- En este caso es procedente la sanción disciplinaria, incluso puede darse en calidad de falta gravísima, por cuanto la Procuraduría ha considerado que conlleva al incumplimiento del principio de Transparencia¹⁹.
- Consecuentemente y aparte de la responsabilidad disciplinaria, en virtud del gasto innecesario o inflado, también podría prosperar la responsabilidad Fiscal²⁰ y en el caso en que se pueda comprobar la existencia de una *mordida* es viable la presencia del delito de peculado.

En los términos analizados, la Sala negará la pretensión del actor, porque la causal de contratación directa contenida en el literal h) del art. 2.4. de la ley 1.150 -"h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales"- **se contrata sin que se requiera obtener varias ofertas, porque hace parte de una de las causales de contratación directa, de allí que no necesita de un proceso de comparación entre oferentes, cuya diferencia con las demás modalidades de selección es precisamente la manera como se puede escoger al contratista.** (Negrillas y subrayado fuera de texto)

- 19 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal. Radicado N° 021-83047 de 2003. Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2007
- 20 Contraloría General de la República. Proceso de Responsabilidad Fiscal. Rad. 6-007-12 del 23 de marzo de 2012

De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:

TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
DISCIPLINARIO	<p>Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal. Rad. 021-83047 de 2003. Bogotá, D. C., 31 de mayo de 2007</p> <p>“En el caso bajo estudio se observa que no hubo un estudio completo y eficaz sobre los precios existentes en el mercado previamente a dar apertura al proceso licitatorio No. 001 de 2004, pues como se demuestra a folios 222 a 236 del anexo 1, en los pliegos de condiciones de dicha licitación tomaron como base el listado de precios que fija FARMAPRECIOS, sin que se haya tenido en cuenta las compras efectuadas en el año inmediatamente anterior, sin que se hayan obtenido cotizaciones de diferentes laboratorios y distribuidores; y sin que se haya obtenido los precios de las Cajas de Compensación y los precios de la Región.”</p> <p>Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Rad. 087-003154-2004. Bogotá, D.C., 14 de diciembre de 2006.</p> <p>Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Rad. 165-81833-2003. Bogotá, D.C., 30 de octubre de 2006.</p>



	<p>“(…) se debe tener en cuenta que una cosa es no tener que cumplir con la recepción de varias ofertas para la selección del contratista y otra muy distinta, la de hacer estudios del mercado a fin de determinar el costo de los elementos o bienes a adquirir, con el propósito de conocer el valor de los mismos.</p> <p>Tal requisito, en el caso bajo estudio no se cumplió, puesto que de las probanzas allegadas al cartulario, no se aportó ninguno del cual pudiera siquiera intuir que previo a las órdenes citadas se efectuó un estudio de mercado”</p>
<p>PENAL</p>	<p>Si se comprueba la mordida puede proceder el delito de peculado, si no, puede configurarse el de “celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”.</p>
<p>FISCAL</p>	<p>Contraloría General de la República. Proceso de Responsabilidad Fiscal. Radicado N° 6-007-12 del 23 de marzo de 2012</p> <p>“En lo referente a que los propios pliegos preveían la importancia de suscribir un plan promocional, dicha situación no daba pie para que, los administradores en la toma de decisiones y materialización del plan promocional, no contaran con un soporte de razonabilidad ni estudios objetivos de mercado que respaldaran las decisiones allí tomadas.”</p>

2.1.3 Estudios Previos y Pliegos de Condiciones

“Listo y a su medida”

Los Estudios Previos *“son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato”*²¹, lo que se puede traducir como el soporte o pilar de la contratación. Se debe tener en cuenta los elementos mínimos (obligatorios) que deben hacer parte de estos estudios, los cuales son:



Figura 7. Contenido – Estudios Previos

21 Pinzón Alameda, Alejandro. “Diccionario de Contratación Estatal”. Ed. Legis. Bogotá, D.C., Primera Edición. 2014. Pág. 55

La obligatoriedad de sus elementos parte de que los mismos son el **componente mínimo** con el que debe contar la Entidad para poder proceder a realizar cualquier contratación.

El riesgo de corrupción se presenta cuando los Estudios Previos son diseñados, directa o indirectamente, con ayuda externa a la Entidad, principalmente proveniente de uno de los futuros proponentes. Es decir, la confección de los pliegos no se hace de forma objetiva²², sino hecha para favorecer a un tercero en particular. Esta misma situación se puede presentar en los Pliegos de Condiciones, lo cuales definen las “reglas de juego”; en donde se pone en una posición privilegiada a uno de los participantes sobre los demás.

“La falta de observancia de los estudios de conveniencia no solo da al traste con el proceso de selección, sino que es la semilla de futuras condenas para el Estado cuando se evidencie que el bien, obra o servicio adquirido genera sobrecostos y retrasos en la ejecución del contrato, en relación con una estimación realizada de manera apresurada y sin planeación”²³

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688):

“Para la Sala resulta cuestionable que en la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de la administración municipal demandada, se hayan adoptado dos criterios que como los denominados “antigüedad” y “experiencia” apuntan a establecer el conocimiento, habilidad o destreza derivada o adquirida por el transcurso del tiempo en que ha podido el proponente ejercer la actividad que es materia u objeto de determinado proceso de selección, separando lo que no era ni técnica ni jurídicamente separable y generando de esta forma una regla que no cumple los atributos de objetividad, justicia y claridad”.

23 Gómez Lee, Iván Darío. “El derecho de la Contratación Pública en Colombia”. Ed. Legis. Primera Edición. 2012. Pág. 235



SINTOMATOLOGÍA

- Identificación de reglas de competencia que de forma exacta quedan a la medida de uno de los proponentes en particular, por cuanto están diseñadas para él. Esto se logra mejorando las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para que las “necesidades” se ajusten de mejor manera a alguno en especial.
- Identificación de un contratista “favorito” de la Entidad. Esto implica que a pesar de que se desarrollan procesos de selección, persiste de forma sospechosa que un mismo contratista generalmente obtiene la adjudicación del contrato en la mayoría de procesos, lo que presume una exclusión de los demás proponentes. Esta situación no es absoluta dado que en muchos casos hay entidades y procesos de selección en los que resulta difícil obtener participación, casos en los cuales la entidad debe levantar información de las razones por las cuales se genera esa apatía del mercado y tomar las acciones correctivas que correspondan.

Variantes:

- Emplear requisitos técnicos, de experiencia o de capacidad financiera muy específicos²⁴: Esta es la moda-

24 Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá, D.C., 26 de abril de 2006. Rad: 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188). “Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio”.



lidad de mayor utilización, por cuanto es la que más opciones permite de “personalizar” un proceso de selección y se ajusta a cualquier modalidad de contrato. Esta práctica tiene diversas variantes, a saber:

- > Limitar la experiencia en el tiempo – v.gr., *“Aquella obtenida dentro de los últimos 2 años”*.-
- > Exigencias de experiencia demasiado específicas que no generan ningún valor en el proceso de selección – v.gr., *“3 contratos en el último año”*-, *“experiencia en construcción de hospitales públicos”*, etc.
- > Exigencia de requisitos calificables de imposible cumplimiento para todos, menos uno – v.gr., *“Contar con una maquinaria específica”*, *“tener una fábrica cercana”*, *“tener domicilio o sucursal en el lugar del servicio”*, *“contar con un miembro del equipo de trabajo que tenga un perfil demasiado específico de manera que excluya la participación de otros perfiles idóneos”*.
- > Requisitos de tipo financiero muy exigente o demasiado específico.



TRATAMIENTO

- Sin duda, la mejor forma para evitar este tipo de actuaciones es conformar equipos encargados de estructurar los Estudios y Documentos previos, tratándose de una tarea colegiada, lo cual puede contribuir para que se disminuya la posibilidad que el servidor resulte afectado por ofrecimientos externos y se aplique el sistema de “pesos y contrapesos”. En los manuales de



contratación pueden preverse este tipo de trabajos colegiados o en equipo que además ayuden a dar una visión holística a la compra pública.

- Resulta recomendable que la Entidad elabore un formato o documento tipo para la elaboración de Estudios Previos, el cual fije parámetros que cumplan con los requerimientos legales, y acordes al sistema integrado de gestión de calidad.
- Es indispensable que la entidad diferencie entre los criterios de selección de los requisitos de ejecución (Art. 24 Ley 80 núm. 5º). Para que establezca solamente como criterios de selección aquellos necesarios para identificar a la oferta y al proponente que razonablemente pueda cumplir el objeto del contrato, e indique los requisitos que el adjudicatario deberá cumplir para el inicio del contrato, v.gr., equipos de trabajo (salvo en concursos donde por norma debe aportarse para la selección); muestras; apertura de sucursal, etc.
- Elaboración de una guía metodológica al interior de la entidad que establezca indicadores financieros objetivos a establecer, conforme al estudio de sector y a las variables que se derivan de las particularidades del objeto, plazo y valor a contratar de cada proceso de selección, de manera que permita mediante la aplicación de la metodología, establecer indicadores razonables al proceso de contratación respectivo.
- A la hora de establecer requisitos de habilitación o de calificación, se debe verificar que los mismos sean “necesarios” para identificar la mejor oferta; que sean



suficientemente “claros” que no se presten a interpretaciones disímiles; que no permitan “ofrecimientos de extensión ilimitada”; que “dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”, o que “induzcan a error a los proponentes”²⁵.

- Los oferentes no conformes con el pliego, son los primeros analistas de las condiciones, por lo que en muchos casos serán la primera voz de alarma sobre el “direccionamiento del proceso”. Es necesario atenderlos, sin desconocer que no siempre pueden ser portadores de “un buen juicio”. Por ende, se debe complementar con otros elementos de juicio para hallar la verdad.
- Es importante regular desde el Manual de Contratación de la Entidad, lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses para establecer su manejo interno conforme los procedimientos establecidos en la Ley.



De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:

25 Ley 80 de 1993 Artículo 24 numeral 5°

TIPO DE RESPONSABILIDAD

FALLO

DISCIPLINARIO

En este caso, la Procuraduría ha contemplado que se puede generar hasta falta gravísima. Procuraduría General de la Nación. Radicado N° IUC D – 2013- 120 – 618099 (IUS 2011-392217). Bogotá, D.C., 1 de octubre de 2013.

“FALTA GRAVÍSIMA- *Por contribución al direccionamiento de licitación pública (...)*

Ahora bien, la decisión final que se tomó, cual fuera la de adjudicar la licitación pública No. 006 de 2009, mediante el contrato 1229 de 2009 a la Unión Temporal Transporte Ambulatorio Bogotá, generó en forma directa un beneficio a un tercero, quien de acuerdo con las pruebas testimoniales allegadas, que llevan a la certeza de la existencia de la conducta, no cumplía con muchos de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, los cuales se variaron poco a poco hasta amoldarlos a la empresa que finalmente suscribió el contrato.”

PENAL

Si se comprueba la *mordida* puede proceder el delito de Peculado²⁶, si no, puede configurarse el de “celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”²⁷.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortíz. Bogotá, D. C., 17 de 2008. Proceso No 26410.

27 Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Penal. M.P: Julio Enrique Socha Salamanca. Proceso No 28760. Bogotá, D.C., 4 de febrero de 2009.





SELECCIÓN

2.2.1 Acuerdos restrictivos de la competencia

“Si yo gano, ganamos todos”

Este tipo de actuación hace parte del cambio de visión que el Estado tuvo sobre la corrupción y sobre el castigo de la misma, al incluir como delitos (catalogados de corrupción), acciones propias de particulares, en las cuales puede haber nula o mínima participación de funcionarios o contratistas de una Entidad. Se conoce como **acuerdo restrictivo de la competencia**, el cual a su vez también es llamado **colusión**.

La conducta se presenta cuando, en el desarrollo de un proceso de selección o en la ejecución del mismo, existe un acuerdo entre dos o más contratistas para burlar o evadir las reglas establecidas en contra de la Selección Objetiva y el



principio de Transparencia. La jurisprudencia ha señalado que la colusión *“es el acuerdo malicioso de las partes en un proceso en perjuicio de otra o de un tercero”* ²⁸.

Buscar que las ofertas que compiten sean reducidas a una, implica que la Entidad se vea obligada a escoger al proponente bajo una “camisa de fuerza”, lo cual genera un costo más elevado que si no existiere el acuerdo, dado que la libre competencia implica en muchos casos, mejores precios.



SINTOMATOLOGÍA



Esto se puede dar de distintas maneras, a saber:

- En fase del proceso de selección se puede evidenciar la existencia de un acuerdo entre varios oferentes para que algunos presenten ofertas económicas que generen un promedio aritmético deseado o que jueguen con variables de precios en las que se ubiquen en caso de que la fórmula de adjudicación sea variable, de manera que se presentan con ofertas cuyos requisitos subsanables no cumplen con las condiciones previstas, para que un proponente determinado resulte triunfador. Otra señal de alerta se da cuando a mitad de camino (iniciado el proceso de selección) los oferentes retiran sus ofertas sin una evidente causa.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de agosto de 2010, Ref. Expediente 1100102030002004-00792-00, M.P. César Julio Valencia Copete.



- De forma similar, se puede presentar cuando un grupo de oferentes configuran la fórmula de evaluación para la asignación de puntaje para cada uno de los factores calificables: Esta situación se presenta cuando las propuestas son evaluadas con alternativas de escogencia como media geométrica, mediana o mínima, en la que la acción indebida consiste en jugar con el promedio de un grupo de oferentes que premeditadamente se presentan con una deficiencia que puede ser subsanable, para que según el valor de la propuesta de los demás oferentes que se hayan presentado de manera adicional a los de la trampa puedan jugar con la subsanabilidad, con el propósito de que la Entidad con este ardid, habilite las propuestas que ayuden a generar la alternativa direccionada a los propósitos del grupo de oferentes que hacen parte del trato colusorio.
- Existen otras variables que se pueden presentar, como que exista una rotación para ganar el contrato entre unas pocas empresas, o que el acuerdo implique que una determinada zona geográfica sea repartida entre los concursantes. Este tipo de práctica suele encontrar una situación más favorable cuando el mercado está restringido, es decir cuando son pocos los oferentes que pueden participar del proceso.

Por lo anterior, una forma de detectar la práctica es revisar sobre contratos como los mencionados en el punto anterior, dónde se pueda encontrar un ciclo o patrón repetitivo sobre los contratistas, lo cual puede indicar que el tipo de contrato se encuentra “monopolizado”. También es conveniente estar alerta ante la ocurrencia de conductas sospechosas, como el aparente “suicidio jurídico” de un proponente, que pueda resultar sospechoso.

- También se presentan casos en que varios proponentes presentan ofertas muy parecidas y donde además se puede establecer identidad de dirección, teléfono representantes legales y/o socios y/o miembros de junta directiva u otros indicios que pueden sugerir que en realidad se está presentando en el fondo, un mismo proponente en detrimento de la igualdad de los demás participantes del proceso de selección.

- La Superintendencia de Industria y Comercio²⁹, ha señalado un catálogo de alertas donde puede estar presente un acuerdo colusorio, a saber:
“ (...)”
 - > Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta.
 - > Parece existir un reparto geográfico entre los oferentes (algunas empresas solamente presentan ofertas en cierta parte del territorio colombiano aunque estaría en capacidad de presentarse en otra región.)
 - > Ciertos proponentes desisten inesperadamente de participar en la licitación.
 - > Hay un claro patrón de rotación entre los vencedores de las licitaciones.
 - > Empresas que a pesar de encontrarse calificadas para licitar, no acostumbran a presentar propuesta a una determinada entidad pública, aunque sí lo hagan para otra.
 - > Ciertos proponentes presentan propuestas frecuentemente pero nunca resultan adjudicatarios.

29 Superintendencia de Industria y Comercio. “Guía Práctica combatir la colusión en las licitaciones”. Pág. 13. Bogotá, D.C., 2011. Link consultado: http://www.sic.gov.co/.../articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf - 112k - 2011-09-22



- > El participante vencedor repetidamente subcontrata el trabajo de oferentes no adjudicados.
- > Licitantes que tendrían condiciones para participar aisladamente del concurso, presentan propuestas en consorcios o unión temporal.
- > El proponente al cual es adjudicada la licitación, desiste o cede el contrato, y posteriormente aparece como subcontratista.
- > Los competidores regularmente socializan o celebran reuniones días antes del cierre de la licitación.”



TRATAMIENTO



- Al igual que la mayoría de conductas relacionadas con la corrupción, ésta inicia con un acuerdo secreto, pero al generarse principalmente entre particulares y “escapar” a la vigilancia de los organismos de control, suele ser más complejo establecer su ocurrencia.
- Existe desconocimiento, por parte de muchos particulares de las sanciones que pueden conllevar a este tipo de conductas, por lo cual resultaría recomendable (en materia de prevención) incluir en los documentos previos, la información relacionada con las mismas, principalmente haciendo el llamado a que cualquiera que conozca de un posible evento de colusión o de acuerdo restrictivo de la competencia, puede interponer denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, para que se dé inicio a un proceso por parte de este ente.



- Es recomendable establecer en el pliego de condiciones la tipicidad de determinadas conductas que pueden generar el rechazo de ofrecimientos que sugieran la colusión o el fraude a la competencia, tales como:
 - > Cuando existe relación de cónyuges o compañeros permanentes, y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con los socios, representantes legales o miembros de junta directiva, o socios fundadores o gestores de cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta.³⁰
 - > Cuando se emita por parte de la SIC, decisión alguna, relacionada con que dos o más proponentes han presentado ofertas bajo un acuerdo restrictivo de la competencia.

- Por otra parte, si se advierte la existencia de un presunto acuerdo entre los proponentes, sin necesidad de que la Entidad lo tenga por sentado acorde con el momento en que se presente, ésta debe tomar medidas al respecto, donde son recomendables las siguientes:
 - > En desarrollo del proceso de selección: Se debe revisar la viabilidad de suspender el proceso de selección, dada la importancia del mismo y la necesidad sobre aquél. Incluso, si el riesgo resulta muy alto, es posible apelar a lo establecido en la ley para establecer su declaratoria desierta por imposibilidad de selección objetiva (Art. 25 Ley 80). Hay que señalar que cualquiera de las opciones an-

30 Aunque los literales g y h del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece una inhabilidad similar, no abarca la totalidad de las hipótesis indicadas en la redacción que se sugiere en la presente Guía.

teriores, deben contar con un adecuado sustento, y debe evitarse caer en cuestionamientos por falta de motivación para la toma de la decisión. En caso contrario, la entidad debe continuar con el proceso de selección e informar a las autoridades competentes como la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), y si adicionalmente se advierte la presunta comisión de un delito a la Fiscalía General de la Nación.

- > Adjudicado el contrato: La Entidad puede determinar si va en contra de su propio acto a través de la Revocatoria Directa o si acude a la jurisdicción, en virtud de los medios de control, principalmente por medio de la nulidad en contra del acto administrativo. Concretamente sobre la revocatoria, la propia Ley 1150 de 2007, en el inciso 3º del artículo 9³¹, autoriza de forma expresa (de forma excepcional) la procedencia de dicha actuación, sustentado en que la adjudicación fue obtenida de forma fraudulenta o a través de medios ilegales.
- > En ejecución del contrato: Si se descubre el acuerdo después de celebrado el contrato, generado como consecuencia de una subcontratación o de un intento de cesión del contrato producto de dicho acuerdo, la Entidad debe informa a las autoridades competentes y exigir el cumplimiento del contrato o imponer las sanciones legales y contractuales del caso. Si se llega a comprobar la posible

31 *"(...) No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".*



comisión de un delito, se deberá dar traslado a la Fiscalía General de la Nación.

- > Estar atento a las señales de alerta en cualquier momento del proceso de selección, para evitar casos de colusión. Tenga en cuenta las que aquí presentamos y las que se presentan en otros documentos expedidos por el Estado con respecto a la materia.

En cualquiera de los casos, la Entidad debe acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, informado la situación ocurrida.



De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:



TIPO DE RESPONSABILIDAD

FALLO

PENAL

Inicio de un proceso de orden penal por el delito establecido en el artículo 410 del Código Penal "Acuerdos restrictivos de la Competencia" e incurrir en:

- Prisión de seis (6) a doce (12) años.
- Multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

A la fecha, aún no se tiene registrado ningún fallo condenatorio sobre este tipo delictual desde 2011, fecha en que se incluyó este artículo.

SANCIÓN ADMINISTRATIVA

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones 68972 y 68967 del 25 de noviembre de 2013. Contra Grupo NULE, por contratos de interventoría en el ICBF: *"El hecho de que MNV haya sido descalificada en el concurso público convocado por el ICBF, no demerita lo reprochable de su conducta, comoquiera que los medios de prueba obrantes en el expediente expuestos en detalle en la Resolución No. 54693 de 2013, dan cuenta de que participó en un acuerdo anticompetitivo con el objeto de coludir en el Concurso Público ICBF SN-005-2007, que por sí mismo constituye una infracción al régimen legal."*
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 83037 de diciembre de 2014. Sancionó a INCOEQUIPOS INGENIERÍA CONSTRUCCIÓN Y EQUIPOS S.A., GISAICO S.A., ESTYMA S.A. y PAVIGAS S.A.S por contratación derivada de INVÍAS.



2.2.2 Apropiaada y correcta evaluación

“El hábito no hace al monje”

La norma³² establece, que la Entidades deben conformar un comité asesor sujeto al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución y en la Ley, el cual será responsable de la verificación y evaluación de las propuestas que se presenten dentro del marco de los procesos de selección por Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Mínima Cuantía, así como las manifestaciones de interés en la precalificación de los Concursos de Méritos. Este comité deberá estar conformado por servidores públicos o por contratistas, quienes de manera objetiva recomendarán a la Entidad la adjudicación al proponente que haya presentado la propuesta que resulte ser la más favorable para la administración.

Bajo esta óptica, el comité evaluador al poseer una función primordial en la escogencia de los contratistas del Estado, se convierte en una instancia trascendente del principio de Transparencia y del deber de Selección Objetiva para velar por que la administración cumpla con los fines de la contratación estatal e igualmente para preservar los derechos de los proponentes que no resultan favorecidos con la adjudicación, pues a ellos también se les debe dar mediante el informe de evaluación unas razones objetivas del porque no fueron escogidos por la Entidad para desarrollar el objeto contractual convocado, con el fin de que estos a su vez puedan manifestar su posición a la decisión expuesta en dicho informe.

32 Art. 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 del 26 de mayo 2015

Sin embargo, en ocasiones esta función no se cumple a cabalidad, ya sea porque los servidores a quienes se les encomienda tal función, no acatan con responsabilidad dichas obligaciones, o porque los mismos no poseen las herramientas necesarias para realizar su función, o por simple desconocimiento de la norma, lo cual no puede ser una justificación para que los integrantes del comité se liberen de sus responsabilidades adquiridas.



SINTOMATOLOGÍA

De la revisión de los informes de evaluación en el Secop, se pueden detectar algunas situaciones que se deben tener en cuenta para evitar incurrir en algún tipo de falta, como son:

- Desigualdad en el acceso a la información:
 - > Publicación tardía de los informes de evaluación, con respecto al cronograma del proceso.
 - > La no publicación o publicación parcial de las observaciones y contra observaciones emitidas por los proponentes, así como de las respuestas de los proponentes a los requerimientos realizados por la administración. Si bien la norma no establece expresamente la obligación de su publicación, sí establece que se publicará en el SECOP *“los documentos del proceso”*. Por ello, bajo el principio de Transparencia, es apropiado considerar publicar *“todos”* los documentos del proceso, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.³³

33 La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia. Al respecto la Corte ha indicado que “el secreto de un documento público no puede llevarse al ex-



- > No entrega oportuna de las copias de las propuestas conforme lo establece el artículo 24 numeral 4° de la Ley 80 de 1993, impidiendo de esta forma el ejercicio al derecho a la contradicción, al que tienen derecho los ciudadanos.

- Evaluaciones subjetivas, a raíz de:

- > Definición deficiente de los criterios de valoración en los pliegos de condiciones, los cuales no permiten establecer parámetros claros de selección. Se debe tener en cuenta que la ausencia de parámetros objetivos de calificación de los factores de escogencia o criterios de evaluación, hace que la Entidad contratante no tramite un proceso objetivo de selección y en consecuencia las reglas de selección no pueden interpretarse en perjuicio de los proponentes.
- > Extralimitación de los servidores que conforman el comité evaluador al otorgar valores o puntajes a aspectos que no responden a una justificación clara de las necesidades de la Entidad, rechazos de ofertas que no son acordes a la redacción textual y literal del pliego o violando el debido proceso al proponente, como cuando no se le da oportunidad de controvertir la descalificación de la entidad generando rechazos intempestivos de último minuto

tremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C.P.)” Corte Constitucional, Sentencia T-527/05 “Derecho de Acceso a Documentos Públicos”. M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, D.C., 20 de mayo de 2005.



a vísperas de la adjudicación, sin otorgarle el derecho a la defensa.

- > Solicitud inapropiada de subsanes u omisión de solicitud de los mismos.
- > No rechazo de ofertas artificialmente bajas cuando hay lugar a ello.
- > Los integrantes del comité evaluador deberán conocer los aspectos que rigen la Contratación Estatal, el hecho de no contar con una formación profesional en Derecho, no implica tener un desconocimiento de la norma, por el contrario implica un alto nivel de diligencia y compromiso, por lo que responsablemente deben documentarse y solicitar aclaración sobre si la forma en como proceden se encuentra ajustada a la ley.

**Para tener en cuenta:
Recuerde que su
desconocimiento de
la Ley no lo exime de su
deber cabal de cumplirla**

Pero en los procesos de evaluación y de recepción de ofertas también encontramos algunas dificultades por parte de los oferentes, las cuales atentan contra la gestión que la Administración hace de los recursos públicos, sin contar que afecta negativamente a la competencia en los mercados de los bienes y servicios, constituyéndose en un fraude contra el interés público y una afectación a la libre competencia. Este



aspecto está señalado en el punto anterior, relacionado con las prácticas restrictivas³⁴.



TRATAMIENTO

Siguiendo lo dispuesto en la norma y con el fin de escoger la mejor propuesta presentada a la Entidad en el marco de los procesos de selección, el éxito de una apropiada y correcta evaluación emerge de los siguientes aspectos importantes:

- Efectividad en la publicidad y transparencia de los distintos trámites del procedimiento, en donde en todo caso, es conveniente vigilar que la inserción de los documentos del proceso se realice adecuadamente, con objeto de evitar el oscurantismo y la confusión.
- Una apropiada construcción y elaboración de los pliegos de condiciones, pues estos serán la bitácora para los que conforman el comité evaluador, pues tal como lo establece la norma el comité evaluador “(...) *debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones (...)*”³⁵. Un buen pliego de condiciones desencadena en una excelente etapa de evaluación.

34 Ver Pág. 25

35 Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.2.3 –Comité Evaluador-

- Una adecuada conformación y estructuración del comité evaluador, el cual se aconseja sea multidisciplinario, y sea designado para cada proceso de selección, según su especialidad y conocimiento en la materia de la que se trate, estableciendo funciones claras a cada uno de sus integrantes y verificando la no ocurrencia de inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de interés de sus miembros con los proponentes.
- Verificar y establecer puntos de control a evaluaciones del comité, de manera que se verifique adecuadamente cada una de las observaciones de los proponentes de manera que se respondan de fondo todas y cada una de las mismas sin rodeos o falsas respuestas que no atienden a lo cuestionado por el proponente.
- Otorgar a todos los proponentes las mismas oportunidades de subsanar, y en caso de haber omitido un requerimiento necesario para evaluar a uno de los oferentes en desarrollo de la evaluación, la entidad en aras de garantizar la igualdad, deberá dar la oportunidad al proponente afectado de subsanar lo que en su momento no se le requirió³⁶.

36 La subsanabilidad de requisitos y documentos, será entonces, la posibilidad de corregir aquello que no otorgue puntaje alguno al proponente, por lo que será susceptible de corrección, reemplazo o aportación al expediente contractual dentro del término dispuesto por la entidad para ello, donde el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar la oferta, so pena de ser rechazada, en razón a la perentoriedad y preclusividad de los términos del proceso contractual; entre tanto, lo no subsanable es aquello que otorga puntaje al proponente, lo que impide que pueda ser enmendado o reparado o complementado, pues de lo contrario, vulneraría los principios de selección objetiva y transparencia del proceso de selección.

No obstante lo anterior, es necesario distinguir que subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos



- Se recomienda evitar otra práctica que genera confusión entre los proponentes, derivada de la elaboración de dos informes de evaluación, lo cual propicia la dificultad para ejercer el derecho a la contradicción. Concretamente, en algunas entidades se elabora un “Informe preliminar” que en realidad corresponde a una solicitud de subsanaciones y aclaraciones a los proponentes, de forma tal que cuando se publica el verdadero informe final, que es contra el que la norma indica que se puede ejercer el derecho a contradicción, los proponentes ya han agotado dicha etapa. Esto conlleva a que el uso del derecho establecido no se genere en la oportunidad adecuada, por cuanto es el segundo momento cuando se puede dar un debate sobre las decisiones finales de la administración y los nuevos documentos allegados por los demás oferentes.
- Por tal razón, es recomendable distinguir la etapa de solicitud de subsanaciones y aclaraciones, de la publicación del informe final, donde el proponente pueda ejercer íntegramente su derecho a la contradicción tal como lo establece la normativa aplicable a la materia; de esta forma la entidad pueda contar con mejores y suficientes elementos de juicio para la toma de decisiones incluso sobre la base de las subsanaciones y aclaraciones.

que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad de requisitos aportados con la oferta, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –solo que es contradictorio o confuso. No se trata entonces de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.



- En ese sentido, el formalismo administrativo cuando es excesivo o innecesario en relación con el objeto que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de buenas ofertas que son plenamente competitivas. La normativa prevé este riesgo otorgando un plazo para la posible subsanación de errores en el caso de la presentación de documentación administrativa. Por lo tanto, tenga en cuenta lo siguiente:
 - > En todos los procesos de selección debe prevalecer lo sustancial sobre lo formal.
 - > Se debe permitir subsanar a todos los proponentes por igual. La posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la Entidad, sino un derecho que tiene el proponente.³⁷ Por tanto, tal como lo advertimos antes, si en el proceso evaluador no se otorgó tal posibilidad y antes de la adjudicación se advierte tal situación, la entidad debe proceder a otorgar dicho derecho al proponente afectado.
 - > Según lo establecido en la norma, las circunstancias subsanables son: (i) la ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente y (ii) la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no otorgan puntaje al oferente³⁸ (aquí se incluye la posibilidad de allegar documentos que

37 Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 13001-23-31-000-1999-00113-01, M.P Enrique Gil Botero, 26 de febrero del 2014.

38 Conforme lo dispone la reforma introducida por la Ley 1150 al segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1157.



no se aportaron inicialmente con la oferta o la posibilidad de corregir, modificar, reemplazar o aclarar su contenido); v.gr., presentar documentos no aportados con la oferta, reemplazar miembros del equipo de trabajo – salvo en concursos de méritos porque otorga en estos casos puntaje-, subsanar la ficha técnica en la subasta incluyendo la posibilidad de reemplazar la marca, acreditar las facultades del representante legal por parte del órgano societario correspondiente³⁹, entre otros que no otorguen puntaje.

- > Con carácter general, es subsanable la acreditación de datos o elementos relativos a las características del proponente, que ya existían en el momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe.
- > Los requisitos que no son subsanables son aquellos que otorgan puntaje, es decir, que sirven de ponderación de las ofertas basados en el precio, calidad o relación costo – beneficio.
- > Los proponentes tendrán la oportunidad de subsanar, dentro del término indicado por la Entidad, término de la adjudicación del proceso. El plazo que se otorgue para subsanar debe ser suficiente y razonable de acuerdo con la naturaleza del requisito, y podrá ser prorrogado por la Entidad.
- > Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, esto es, el término anterior al certamen indicado por la entidad.

39 Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P Ruth Stella Correa, 8 de febrero del 2012

- > En ningún caso la Entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, así como tampoco puede permitir que se adicione o mejore el contenido de la oferta.
- > Las Entidades de regímenes especiales, también deben aplicar los aspectos establecidos en cuanto a la subsanación de requisitos, pues esta facultad es una derivación de los principios de la función administrativa (igualdad y economía) que este tipo de entidades deben observar (L. 1150/07, art. 13).
- > Aclarar la oferta no es subsanar. Pueden presentarse casos en los cuales, sobre un documento o requisito presentado, se generan dudas sobre su contenido y alcance, caso en el cual, la entidad válidamente puede otorgar la posibilidad al proponente que aclare su propuesta⁴⁰, v.gr., aclarar una oferta posiblemente artificial, aclarar presentando documentos que dilucidan el alcance de los presentados inicialmente, las fechas, valores o datos de los requisitos que otorgan puntaje.
- > Subsananabilidad automática. Otorgar la posibilidad de subsanar es una obligación de la administración y a la vez un derecho del oferente, motivo por el cual, la subsananabilidad puede operar por ministerio de la Ley cuando la administración no otorga la debida oportunidad al proponente de subsanar, lo que significa que el requisito se entiende subsanado si no se otorgó dicha posibilidad. (Sentencia del Consejo de Estado del 29 de julio de 2015, Doctor Jaime Orlando Santofimio, Consejero Ponente)

40 Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P Enrique Gil Botero, 12 de noviembre del 2014



- Aunque la normativa no lo establece, es una buena práctica dar traslado de las observaciones allegadas a los proponentes (réplicas o contra observaciones) para que se pronuncien únicamente sobre las observaciones realizadas por los demás oferentes a su propuesta, de forma que su defensa sirva como elemento de juicio a considerar por parte de las entidades estatales, fortaleciendo de esta manera la transparencia del proceso contractual que en sentido lato termina repercutiendo también en menores tiempos del proceso contractual, dado que las respuestas de los proponentes a la observaciones formuladas al informe final ilustran muchas veces la respuesta de la entidad a aquellas.
- La oferta con valor artificialmente bajo, constituye un supuesto de aclaración y explicación, regulado por la norma⁴¹, frente al cual la entidad tiene la obligación de otorgar la oportunidad, para que el oferente presente sus justificaciones respecto al bajo valor de su oferta y una vez consideradas y analizadas las aclaraciones de aquél sobre su precio, la entidad determinará con base en ellas, si rechaza la oferta o permite que continúe en el proceso de selección.

Esta revisión sirve para garantizar que no se ponga en riesgo el proceso de selección o el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse, es decir que no se ponga en riesgo la calidad del objeto contratado, o que exista lavado de activos; dado que se puede presentar que en etapa de ejecución:

41 Decreto 1082 de 2015



- > El contratista pretenda proveer bienes de menor calidad de los ofrecidos con el fin de concretar su punto de equilibrio, si se llegase a presentar este caso, la Entidad está llamada a declarar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.
- > El contratista alegue el rompimiento de la ecuación contractual y eleve una reclamación ante la Entidad contratante con el fin de incrementar el valor del contrato. Se debe tener en cuenta que esta conducta es calificada como culpa grave⁴², lo cual puede dar lugar a la acción de repetición prevista en la Ley 678 de 2001.
- > Se cumpla el contrato, pero se perjudique la sana competencia y se generen efectos adversos de mercado, debido a que se cercenó la posibilidad a una empresa lícita en favor de dineros de origen ilícito.

La entidad contratante debe tener en cuenta sus propios estudios para analizar si la oferta sospechosa puede o no cumplir el contrato con los precios ofertados, así como los precios de las demás ofertas que servirán de punto de referencia en el análisis concreto, así como los demás valores de referencia que consulten porcentajes estándar en el mercado, y la estructura de costos debidamente explicada y sustentada por el proponente, con miras a determinar si la justificación o explicación del proponente requerido es satisfactoria o no⁴³. Si

42 Contraloría General de la República, Concepto 4435 del 26 de enero de 2012.

43 Cabe resaltar que en la Guía de incorporación de la Ley modelo de contratación pública, se establecen unos parámetros que se deben tener en cuenta cuando se analiza la oferta anormal, dentro de las cuales se enuncian los siguientes las cuales pueden resultar ilustrativas e adición a lo anterior, a efectos del análisis a cargo del comité asesor evaluador:

no es satisfactoria, la entidad debe rechazarlo, habida cuenta que la carga de la prueba en demostrar que la propuesta no es artificial es del proponente y no de la entidad contratante.

El Comité Asesor evaluador debe determinar si la explicación es razonable o no, dado que no es aceptable razones superfluas como el solo hecho de tener stock en bodega, o de ser fabricante – dado que su precio debe corresponder como mínimo al precio de costo de producción-, o aseveraciones generales de poder cumplir el contrato, dado que en sí mismas, no dan una adecuada y sustentada motivación que de tranquilidad a la entidad de que va a cumplir el contrato o que no está lavando activos de dinero mal habido.

Finalmente, es recomendable tener presente que nunca será aceptable una oferta estructurada a pérdida.

“6. En primer lugar, se deberán solicitar aclaraciones por escrito al proveedor o contratista en relación, por ejemplo, con datos o muestras que prueben la calidad del objeto ofrecido por este, el método de fabricación utilizado, las soluciones técnicas elegidas y toda otra condición excepcionalmente favorable aprovechada por el proveedor o contratista para la ejecución del contrato, que permitan a la entidad adjudicadora llegar a la conclusión de que el concursante podría cumplir el contrato por el precio ofrecido.

7. El Estado promulgante tal vez desee disponer la clase de información que la entidad adjudicadora podrá pedir para justificar el precio ofrecido. Al respecto, cabe señalar que lo que se desea determinar es si el precio es razonable, valiéndose de factores como la estimación previa del contrato adjudicable y los precios del mercado o de todo contrato anterior sobre el que se disponga de datos. Se hace hincapié en que se solicite información sobre el precio propiamente dicho, no sobre los costos en que se ha basado el proveedor o contratista para determinarlo. Ese criterio refleja el hecho de que la entidad adjudicadora no puede basarse únicamente en un análisis de los costos básicos para determinar con exactitud el riesgo de incumplimiento del contrato, que es, después de todo, el objetivo de la evaluación.”

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

Link consultado: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurement/ml-procurement/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-s.pdf>





EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

- Los comportamientos no ajustados a la Ley 80 de 1993 pueden originar responsabilidades de tipo penal, disciplinario, fiscal y/o civil, tales comportamientos también pueden violar las normas de libre competencia.
- Concretamente, sobre el tema disciplinario, incluso un error *involuntario*, puede resultar sancionable a título de falta gravísima culposa, tal como lo señala la Procuraduría General, así: “(...) un «error involuntario» de transcripción en el Adendo N° 2, pero como bien lo advierte el fallo de instancia, por cuenta de esa equivocación o error generado por la propia administración no fueron admitidas varias propuestas, entre ellas la del quejoso”⁴⁴.

44 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Rad. IUC 162-149152-2006 del 2 de febrero de 2012.



TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
<p>DISCIPLINARIO</p>	<p>Concretamente, sobre el tema disciplinario, incluso un error <i>involuntario</i> puede resultar sancionable a título de falta gravísima culposa, como es señalado a continuación:</p> <p>Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Radicado N° IUC 162-149152-2006 del 2 de febrero de 2012</p> <p><i>“(...) un «error involuntario» de transcripción en el adendo (sic) N° 2, pero como bien lo advierte el fallo de instancia, por cuenta de esa equivocación o error generado por la propia administración no fueron admitidas varias propuestas, entre ellas la del quejoso”.</i></p>
<p>PENAL</p>	<p>Se puede derivar, en la medida que se presume un posible favorecimiento, con lo que se puede generar el posible delito de “Interés indebido en la celebración de contratos” del Art. 409 del Código Penal.</p> <p>Hay que aclarar que sobre este delito no es necesario que se demuestre una dádiva, solo basta con demostrar el interés.</p> <p>Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P.: María del Rosario González de Lemos. Radicado N° 37184 de septiembre de 2011</p>



FISCAL

Se puede desprender, en el caso en que el contrato en virtud de la indebida selección, resulte más oneroso.

2.2.3 Contratación Directa

“Escojo... a mi antojo”

La contratación directa es el mecanismo excepcional que contempla la norma, para seleccionar a un contratista sin que previamente se lleve a cabo un proceso competitivo, y solamente procede bajo causales específicamente establecidas, las cuales no pueden ser interpretadas de forma amplia. En relación con la contratación directa cabe precisar que su creación es legal y su interpretación debe hacerse de manera restrictiva⁴⁵.

Dentro de dichas causales, se enmarcan los contratos interadministrativos, la urgencia manifiesta, los contratos que solo pueden ser celebrados con un proveedor exclusivo y otros eventos más⁴⁶.

Esta opción que ofrece la propia norma, y la cual es justificada atendiendo a fondo cada una de las causales, tiende a convertirse en algunos casos, en una opción para evadir un proceso de selección y convertirse en una selección “a dedo”. Aunque la contratación directa pretende ser una causal de

45 Beltrán Pardo, Jorge, Memorias Centro de Estudios “Visión práctica de la reforma legal y reglamentaria del EGCAP”, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2013, pág. 18

46 Numeral 4° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007



contratación eficiente para aquellos casos en los que no aplica la convocatoria pública, en algunos casos se usa de manera “forzosa”, derivada del apremio en contratar o en el peor de los casos, para sacar provecho o recibir algún tipo de dádiva.



SINTOMATOLOGÍA

- De la revisión del Plan Anual de Adquisiciones se puede detectar que un porcentaje mayoritario de contratos se va a llevar a cabo mediante la contratación directa.
- En el comparativo año a año, tiende a aumentar el porcentaje de contratación directa o a mantenerlo.
- De la revisión del objeto de los contratos, de sus obligaciones y su alcance, se puede inferir que era posible adelantar una convocatoria pública porque en el estudio de mercado no estaba debidamente justificada la contratación directa.

Estos son algunos de los casos que se presenta:

- > Contratos interadministrativos: Utilizados para subcontratar a otras empresas de manera elusiva de los procedimientos de convocatoria pública.
- > Convenios de utilidad pública (Decreto 777 de 1992): Bajo los cuales se disfrazan verdaderas compras públicas.
- > Contratos de ciencia y tecnología: Utilizados para contrataciones que no guardan relación con las finalidades de esta causal de contratación directa.



- > Contratos con proveedor exclusivo: Con soportes de exclusividad no idóneos para el efecto, v.gr., registro de derechos de autor sin verificar si existen o no sustitutos en el mercado que puedan competir en condiciones de igualdad para la prestación del servicio.



TRATAMIENTO

- Definir en el Manual de Contratación lineamientos tendientes a incrementar el uso de modalidades de selección por convocatoria pública evitando en lo posible la contratación directa que pueda realizarse a través de la modalidad directa.
- Establecer un punto de control en la elaboración del PAA que desde una visión holística de las compras de la entidad, valide las contrataciones directas que se deban adelantar bajo esa modalidad y recomiende el cambio de modalidad para aquellos casos en que no sea procedente.





EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

La presente Guía ha sido reiterativa en señalar a la Contratación Directa como una solución efectiva a las necesidades y fines que son prioridad para la administración, resulta efectiva en la medida que se realice con apego a los principios rectores de la contratación estatal y su utilización no es ilegal. La situación que genera riesgo de corrupción es el uso inadecuado de la contratación directa, su uso excesivo o extendido a situaciones para las que no fue prevista en la norma, o para evadir la convocatoria pública.

De lo anterior, se desprende que existen sanciones sobre las diferentes formas de responsabilidad, a saber:



TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
<p style="text-align: center;">PENAL</p>	<p>Normalmente los casos derivados de la evasión de una modalidad de selección competitiva en donde se acuda a una causal de contratación directa, se encuadran en el delito de “Celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales”, como sucedió con el caso de <i>Agro Ingreso Seguro</i>⁴⁷ o en casos de fraccionamiento de contrato⁴⁸ lo cual no aplica hoy por hoy a las entidades sometidas al EGCAP porque la contratación directa no depende del monto, pero si puede ser aplicable a entidades de regímenes especiales que tienen configurada la contratación directa o su equivalente, a la cuantía. Al asunto anterior, se le puede sumar un delito de cohecho⁴⁹ o de concusión⁵⁰, si existe algún tipo de dádiva a manera de “motivación”.</p>
<p style="text-align: center;">DISCIPLINARIO</p>	<p>El juez disciplinario ha castigado en varias oportunidades el mal uso de la contratación directa, como en el siguiente caso: “(...) por tanto, por regla general, la escogencia del contratista debe efectuarse a través de licitación o concursos públicos para garantizar la escogencia objetiva, de tal manera que cuando una determinada situación no encaja en algunos de los motivos establecidos por el legislador para contratar directamente, no es dable buscar interpretaciones en procura de evitar la licitación”⁵¹.</p>

47, 48, 49, 50, 51

- 47 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P María Del Rosario González Muñoz. Radicado 37462. 16 de julio de 2014
- 48 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P José Leonidas Bustos. Radicado 28508. 7 de julio de 2010
- 49 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P Julio Enroque Socha Salamanca. Radicado 34732. 24 de noviembre de 2011
- 50 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 32320 de 2010, M.P Yesid Ramírez Bastidas
- 51 Procuraduría General de la Nación. Despacho del Viceprocurador General de la Nación, Radicado IUS 24314-2011



2.2.4 Otros aspectos a tener en cuenta

2.2.4.1 Derecho de Contradicción

Este derecho en la contratación estatal es una regla fundamentada en virtud del principio de Transparencia. En los procesos contractuales, los interesados tienen la oportunidad de conocer y controvertir los informes finales, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el marco del proceso.

Para garantizar el libre desarrollo de este derecho, la Administración debe garantizar lo siguiente:

- Establecer estrategias para interactuar con las partes interesadas, para ello se recomienda tener a mano herramientas tecnológicas que permitan la interacción de la información con los interesados en los procesos de selección, correo electrónico institucional, sala de consulta de la Entidad⁵² y otros medios que faciliten la interacción con los proponentes y veedurías⁵³
- Establecer etapas en el cronograma del proceso que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.
- Publicar oportuna y debidamente los documentos del proceso en el Secop, para que los interesados tengan acceso a los mismos. En ocasiones los proponentes presentan observaciones con respecto a las ofertas de los otros participantes, estas también deben ser publicadas, con el objetivo de que los proponentes obser-

52 Ley 1712 de 2014

53 Ley 850 de 2003 modificada por la Ley 1757 de 2015

vados tengan la oportunidad de defender su oferta o controvertir la observación en contra.

- Todas las solicitudes de los proponentes deben ser atendidas debidamente por la Entidad, si esta solicitud se hace por escrito, ésta tendrá el carácter de derecho de petición, y la Administración posee la obligación legal de atenderla en los términos establecidos en la Ley 1755 de 2015 “Por la cual se regula el Derecho de Petición” sin perjuicio de respetar los tiempos del proceso contractual que normalmente son más cortos. En todo caso, por ser un proceso reglado, se deben respetar las fechas establecidas en el cronograma del proceso de selección para dar respuesta a las observaciones y contra observaciones presentadas producto del informe de evaluación.

2.2.4.2 Conflictos de Interés

Por otra parte, la Entidad puede desarrollar lineamientos para regular el manejo de los conflictos de interés en su Manual de Contratación, por cuanto se presentan diversas conductas que no están reguladas de forma “taxativa” por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero son éticamente reprochables y podrían afectar el criterio objetivo que debe reinar en el proceso de selección.

Lo anterior, se deriva de los mandatos disciplinarios que rigen la función pública⁵⁴, que en sí misma es una norma “vacía” por cuanto señala de manera general:

54 Art. 40 Ley 734 de 2002. “Código Disciplinario Único”



“Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

Lo dicho, implica que la norma *“no determina elementos tales como el nivel que ocupa dentro de la estructura funcional de la entidad el servidor público afectado, ni menos identifica en concreto el tipo de asuntos que debe resolver, controlar, regular o gestionar.”*⁵⁵

Dentro de estos conflictos pueden estar algunos relacionados tanto con la participación directa, como con la participación en juntas directivas o incluso representación, por circunstancias similares a las establecidas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto de Contratación⁵⁶.

Esta actividad es viable y ha sido reiterado por parte del Consejo de Estado⁵⁷:

“La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

“La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le

55 Molano López, Mario Roberto. “Los sujetos de la Contratación Estatal y su Régimen de Inhabilidades. Incompatibilidades y Conflictos de Interés”. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá, D.C., 2010. Pág. 376

56 Art. 8 de la Ley 80 de 1993

57 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, CP: Enrique José Arboleda Perdomo, Bogotá, D.C., 23 de marzo de 2011, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)



han sido contractualmente asignadas al Consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva...”.

Adicionalmente, es necesario que el Manual de Contratación establezca el procedimiento interno para aplicar el proceso de impedimentos y recusaciones establecido en los artículos 11 y 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2.2.4.3 Visita de Obra

La visita de obra, ha sido descrita como “(...) *una práctica usual de las entidades públicas que tiene por finalidad que los interesados en participar dentro de un proceso de contratación conozcan de manera exacta las condiciones de tiempo, modo y lugar en que tendrán que ejecutar el proyecto respectivo (ubicación espacio-temporal, fuentes de materiales, zonas de aislamiento, predios y comunidades cercanas, costos de personal, etc.)*.”⁵⁸

A pesar de la bondades que ésta puede llegar a generar, en ocasiones fue empleada por algunas Entidades para tratar de direccionar la asignación del contrato, estableciendo una “visita de obra obligatoria exprés”, la cual implicaba que en caso de no asistir, el posible proponente quedaría excluido de la posibilidad de presentar oferta. Usualmente dicha visita era informada por medio de una adenda de último minuto que reprogramaba la visita obligatoria de un día para otro, provocando que el único proponente que lograba llegar a la visita, era el que de antemano conocía que se iba a realizar.

58 Departamento Nacional de Planeación. Concepto 20116630205362 de 2011



Este tipo de conductas generaron que se tomaran medidas para evitar direccionamientos o restricciones frente a la participación en determinados procesos de selección. Así la Procuraduría General de la Nación, fijó su postura al respecto, señalando que:

“No es posible legalmente consagrar la visita al sitio de la obra como obligatoria y mucho menos como factor habilitante de una determinada propuesta; esto sería tanto como consagrar un criterio adicional y diferente de los que con toda claridad señaló el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y que únicamente habla de la capacidad jurídica, de las condiciones de experiencia, de la capacidad financiera y de la organización de los proponentes, pero nunca mencionó la visita a los sitios de obra.

Con esta consagración, se incluyó en el pliego de condiciones una nueva etapa en el proceso selectivo, en abierto desconocimiento del principio de transparencia y del deber de selección objetiva de los posibles oferentes.

En cuanto a que la asistencia de un interesado a la visita programada como obligatoria, en manera alguna puede comprometer su capacidad para efectuar ofrecimiento a la entidad y que haberla tornado obligatoria, fue un factor ilegal de eliminación de propuestas.⁵⁹”

Postura que ha sido replicada por parte de la Contraloría en reiteradas oportunidades, haciendo uso de su función de advertencia.

59 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Rad: IUS-2009-282747. 19 de octubre de 2011.



Esta situación ha generado un debate importante en la esfera de la contratación pública en la medida en que la Visita de Obra ofrece aspectos muy positivos y en algunos casos necesarios para lograr contar con un contratista que tenga un conocimiento efectivo de la zona en que se va a llevar a cabo el contrato, el cual posea una idea clara de la totalidad de condiciones que se pueden presentar, y lo más importante, que esto se refleje en la oferta, dado que el desconocimiento de la totalidad de condiciones de la zona, puede derivarse en reclamaciones futuras hacia la Entidad.

Bajo este entendido, resulta ilustrativo el pronunciamiento del H. Consejo de Estado el cual ha señalado que la Entidad posee la libertad de configurar sus propios pliegos de condiciones, siempre y cuando estos esten confeccionados bajo los parámetros establecidos en la Ley, motivo por el cual, puede resultar viable la visita obligatoria a la obra, siempre que atienda las siguientes condiciones:

“(...) desde la perspectiva de los principios generales del Derecho igualmente referidos en precedencia, similar es la conclusión a la cual debe arribarse en punto a la juridicidad de la tantas veces mencionada exigencia de visita a la zona de obras con antelación a la presentación de la propuesta, pues nada conduce a entender que la misma supone una transgresión a los enunciados límites impuestos al ejercicio de la facultad de confeccionar pliegos de condiciones o sus equivalentes, si se tiene en cuenta lo siguiente:

(i) La exigencia en cuestión no supuso la introducción de tratamiento diferencial alguno en beneficio o en detrimento de uno o de varios de los interesados en

formular ofrecimiento, toda vez que la carga de llevar a cabo la aludida visita resultaba aplicable a cualquiera de ellos, con lo cual no existió compromiso o amenaza de ningún tipo para los principios de igualdad e imparcialidad;

(ii) **La obligación de efectuar la visita de marras se desprendía de la previa fijación, por parte de la entidad contratante, en el mismo pliego de condiciones, de las fuentes de materiales y del presupuesto oficial del contrato**, determinaciones éstas que constituyeron el resultado de la realización tanto de los correspondientes estudios previos como de la planificación presupuestal de la obra a contratar.⁶⁰
(Negrilla y Subrayado fuera del texto)

De forma más reciente, el Consejo de Estado ha reiterado la importancia que puede llegar a tener la visita, al señalar:

“En resumen, la visita al sitio de la obra permite exigir del contratista la preparación económica, técnica y logística adecuada de aquellos aspectos de la ejecución del contrato influenciados por las condiciones del sitio, y que al conocerlas valorará adecuadamente - costos de transporte, arrendamientos de inmuebles, localización de campamentos, ubicación y distancia de las fuentes de materiales, complejidad de organizaciones del personal, etc.”⁶¹

El Departamento Nacional de Planeación bajo la misma línea ha señalado que:

60 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad: 15001233100019880843101-8031. Bogotá, D.C., 5 de junio de 2008.

61 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P Carlos Alberto Zambrano. Rad. 680012315000199612446-01. Bogotá, D.C., 15 de abril de 2015.



(...) La visita de obra favorece al interesado en saber de antemano las dificultades que puede llegar a tener en caso de resultar favorecido con la adjudicación, como por ejemplo, en el acceso a la región donde está ubicada la obra respectiva, el mercado de la región, las zonas de reserva forestal, etc., y demás factores que inciden en la elaboración de la propuesta a efectos de calcular de manera adecuada los costos y realizar la adecuada discusión de la distribución de los riesgos previsibles de que trata el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007.

(...)

*En vista de lo anterior, si bien es cierto que **la Ley no prohíbe que las entidades** estatales, con el único objeto de ilustrar de manera más adecuada a los interesados y de coadyuvar con la confección de ofrecimientos de la misma índole (Art. 24 numeral 5° de la Ley 80 de 1993), **exijan la visita al lugar de las obras, es cierto que tal exigencia debe ser proporcionada y razonable de cara al objeto de la contratación** conforme lo justifiquen los respectivos estudios previos (Art. 3° Decreto 2474 de 2008), y debe respetar los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad para lo cual:*

1. Deberá informarse al público a través del Secop y con suficiente antelación, la fecha, hora y lugar exactos en que se realizará la visita, condiciones que no pueden ser modificadas intempestivamente sin aviso oportuno a los interesados so pena de vulnerar los principios de la contratación estatal.
2. Establecerá oportunamente a través del Secop los requisitos y procedimientos necesarios para participar efectivamente en la visita.



3. *Dejará constancia escrita de los interesados que asistan a la visita y dicho documento deberá publicarse en el Secop.* (Negrilla fuera del texto)

Conforme con lo anterior, y a pesar de lo señalado por los organismos de control, en nuestro criterio es posible adelantar la visita de obra previa presentación de la oferta como un requisito obligatorio, siempre que se encuentre debidamente justificado en sus estudios previos y estudios del sector, y se garanticen las condiciones de igualdad y de participación bajo los supuestos indicados en la jurisprudencia y la doctrina del Departamento Nacional de Planeación, antes referidos. Así mismo, cabe recordar que realizar la visita no suple la existencia de unos estudios suficientes y adecuados, por lo que se convierten en actuaciones complementarias y no supletorias.



2.3

EJECUCIÓN

2.3.1 Modificaciones contractuales

“En el camino arreglamos las cargas...”

Esta práctica se presenta cuando en la ejecución del contrato se generan adiciones al mismo (en recursos) excesivas y carentes de fundamento. Sin duda, las modificaciones y principalmente las adiciones al contrato, deben responder a eventualidades que se pueden presentar, y que pueden afectar el desarrollo del mismo. Su apropiado empleo se traduce en la culminación efectiva del objeto del contrato, el cual es el fin que se busca con su celebración y que se desprende de los fines estatales.

Es cierto que existe un límite legal para las adiciones a los contratos (hasta el 50 % del valor salvo en los contratos de

interventoría⁶²), pero en muchos casos ese límite monetario se convierte en el recurso utilizado para “cubrir” errores o para ser “caja menor” de la corrupción.



SINTOMATOLOGÍA

Existen varias modalidades en las cuales puede operar esta conducta:

- Derivada de la deficiente o incompleta planeación del contrato, donde en fase de ejecución se va a intentar sopesar el error anterior, lo cual afecta la transparencia del proceso en la medida en que los demás competidores no tuvieron conocimiento de esas circunstancias con las cuales posiblemente hubieran concurrido al proceso en condiciones distintas de su oferta.
- La que se genera de un acuerdo para suscribir adiciones al contrato, donde esos recursos van a parar a destinos inescrupulosos, con el beneplácito del interventor o el supervisor, partiendo de unos costos elevados principalmente a los del mercado.
- También se puede derivar de un acuerdo previo, donde el contratista presenta un precio más bajo para resultar seleccionado, pero “recupera” la ganancia, a

62 Artículo 85 Ley 1474 de 2011: “CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.(...)”



través de adiciones a cambio de una dádiva al responsable del tema.

Dentro de los síntomas que se pueden presentar, están los siguientes:

- Alto número de contratos con un valor final superior al inicialmente establecido.
- Justificaciones de los adicionales, vacías, irreales o sin soportes.
- Deficiencias en la fase de planeación (errores, estudios y diseños incompletos tanto en la parte técnica como financiera) permanentemente.

Para tener en cuenta: Una vez se apruebe el adicional, se debe proceder de forma inmediata por parte del contratista a modificar las garantías, conforme al valor cubierto





TRATAMIENTO

- Una de las principales recomendaciones va dirigida hacia el fortalecimiento de toda la fase de formulación, es decir los estudios y diseños. Esto se traduce en que generalmente estos últimos se realizan para “cumplir” con la norma, diligenciando formatos preestablecidos, descuidando en muchos casos las necesidades reales del futuro contrato. En otros casos, estos requisitos previos, son “calcados” de otros contratos similares, y en algunos otros, son estudios y diseños que fueron realizados muchos años antes, es decir, que pueden estar desactualizados⁶³. Todo lo anterior desnaturaliza las necesidades concretas que se pueden presentar en la ejecución del contrato, y su traducción está plasmada en la mayor ejecución de recursos.

63 En la medida en que un estudio de prefactibilidad no arroje un grado de exactitud de las cuantificaciones entre el 65 al 70 % del proyecto, por la causa que fuere (deficiente calidad de los estudios; paso del tiempo que afectó cuantificaciones tomadas en un momento determinado; entre otros), tales estudios **deberán ser actualizados por la entidad interesada, bien sea directamente o a través de un nuevo contrato para ese objeto** (puede ser uno llave en mano que incluya la factibilidad y la ejecución - construcción -y operación según el caso-), conforme se determine la conveniencia y oportunidad en el respectivo estudio previo y análisis de sector con la matriz de riesgos. En caso contrario, si el estudio arroja un grado de exactitud de las cuantificaciones igual o mayor al antes mencionado (entre el 65 al 70 % del proyecto), se entenderá que el estudio conservará su vigencia y no se requerirá de actualización. Nuestra opinión basada en: Cámara Colombiana de la Infraestructura, “UNA POLÍTICA PÚBLICA: Maduración de Proyectos Matriz de Riesgos Buenas Prácticas Contractuales”, 2ª edición, mayo 2010



- En el momento en que el contratista solicita el adicional, se debe hacer una revisión juiciosa por parte del supervisor y/o el interventor, quien tendrá el importante papel de avalar la justificación de la solicitud y de verificar los motivos que lo soportan o lo sustentan, así como los precios de mercado (salvo en los casos en que la entidad tiene radicada la función de verificación de precios en otra dependencia).
- Se debe hacer la delimitación de las adiciones, diferenciándolas de otras figuras como las menores o mayores cantidades de ejecución⁶⁴, por lo que se aconseja aplicar lo señalado por la Jurisprudencia⁶⁵ en relación a las adiciones y seguir al pie de la letra sus requisitos, a saber:
 - > Que la adición guarde estrecha relación con el objeto principal.
 - > Que la adición tenga límites inferiores al 50 % para salvaguardar el interés público.
 - > Que la adición no sea realizada si carece de una adecuada justificación que fundamente las razones que la sustentan.
- Una última recomendación es que si el contrato lo requiere, por cuantía o por la trascendencia de éste, es posible cualificar la aprobación de la solicitud de adición, lo cual se puede hacer conformando una instancia colegiada, es decir compuesta por varios miem-

64 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. M.P Olga Mélida Valle de la Hoz (E). Rad: 31837. Bogotá, 6 de mayo de 2015.

65 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. CP.: William Zambrano. Rad: 2148. Bogotá, 23 de agosto de 2013.

bros, con lo cual el debate es más nutrido. (Ej.: Si la solicitud de adición supera el 10 % del valor del contrato se acudirá a un comité específico, para su aprobación). Cabe señalar que lo anterior debe constar en el Manual de Contratación y sus procedimientos.

**Para tener en cuenta:
Si el monto está
expresado en salarios
mínimos mensuales legales
vigentes, se debe tener
en cuenta el valor que
los mismos representan,
para no exceder el valor
inicial del contrato
expresado en pesos.**



**EN CASO DE NO SEGUIR
EL TRATAMIENTO:**



De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:



TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
DISCIPLINARIO	<p>En el tema disciplinario, la Procuraduría General de la Nación ha sancionado diversas conductas derivadas de esta situación⁶⁶. Una de ellas es cuando mediante la adición se afecta o se amplía el objeto del contrato, como en el caso en el cual se tiene un contrato para construir y pavimentar una vía entre unos puntos determinados -"X" y "Y"-, pero se hace un adicional para pavimentar el punto "Z", lo que no cabe dentro del contrato inicialmente pactado. En casos como éste la sanción puede derivar incluso en una falta grave.</p>
PENAL	<p>Penalmente, la adición que incumpla con el límite del 50 % es castigado bajo el delito de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales"⁶⁷, donde hay algunos casos alarmantes.</p>
FISCAL	<p>Contraloría General Departamento del Magdalena. Fallo de responsabilidad fiscal. Expediente N° 311 del 20 de mayo de 2014.</p>

66 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación N° 021-72883-2002

67 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 25104. M.P: Clara Luz Jaramillo. 5 de noviembre de 2008



Conductas asociadas:

Conducta 1: Otra variante de esta práctica es la que se puede dar cuando se realiza un adicional sobre algo que ya está incluido inicialmente en el contrato.

Ejemplo práctico: En un contrato de Consultoría para los estudios y diseños, donde en la descripción del entregable, se indica que contendrá los productos X1, X2, X3 y X4; además, los sub-entregables X1.1, X.1.2 y X.1.3. En ese sentido, se hace un adicional por el sub-entregables X1.1. Normalmente se modifica el nombre del entregable o del producto, de forma sutil, para evadir los cuestionamientos de los organismos de control. El resultado es que al momento de firmar el acta de entrega, aparentemente todo va a cuadrar perfecto, pero al hacer una revisión minuciosa se evidenciará la conducta.

Conducta 2: Otra forma de emplear en forma irregular esta figura, es mezclándola con el fraccionamiento de contratos, por cuanto se celebra el contrato por un monto menor, con la intención de evadir un proceso por convocatoria principalmente, y mediante las adiciones se cubre la diferencia, lo cual puede ocurrir en la actualidad únicamente en regímenes especiales de contratación que tengan configurada la contratación directa por cuantía.

2.3.2 Hechos cumplidos

**“Tranquilo...
después arreglamos”**

Los “hechos cumplidos” han sido definidos como los que “se consolidan cuando se adquieren obligaciones, sin que medie sopor-



te legal que los respalde, es decir, se eleve a escrito la obligación y cuando existiendo tal formalidad, antes de su ejecución no se han cumplido requisitos mínimos y legales en su creación, como la reserva presupuestal previa o cuando en la ejecución de un contrato se adicionan bienes o servicios no incluidos desde el inicio.⁶⁸

Esta tipo de conducta se deriva normalmente de una inadecuada actuación de la administración o una actuación tardía, con lo que se termina configurando el “hecho cumplido”, cuando se avala la actuación por fuera del marco legal.



SINTOMATOLOGÍA



Este tipo de actuaciones se pueden presentar en varias etapas del contrato, principalmente en la fase de ejecución. En ese sentido, la Procuraduría General de la Nación⁶⁹ ha identificado varias opciones, que configuran dicha práctica:

- **Inadecuada planeación del contrato:** Cuando se formula la necesidad de su realización, pero no se prevén los riesgos y contingencias que su creación, ejecución y liquidación pueden conllevar, dependiendo del tipo de bien o servicio a adquirir.
- **Prestación sin soporte contractual:** Cuando la entidad contrae obligaciones y ordena ejecutar activida-

68 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicado N° 162-152610-06. Fernando Alberto Rodríguez Castro. Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2008.

69 *Ibidem*

des, prestar servicios o recibe bienes sin contar con un contrato que la ampare o que no esté debidamente registrado presupuestalmente.

- Adiciones o modificaciones al contrato inicial: Realizadas sin soporte presupuestal, derivadas de órdenes al contratista de ejecutar o cumplir con algo no incluido en el contrato.
- En liquidación: Otro evento puede ocurrir, cuando en la etapa de liquidación se reconocen o incluyen en el acta de liquidación, obras, bienes o servicios no pactados en el contrato inicial; situación a la cual se aplican las previsiones anteriormente señaladas⁷⁰.

De acuerdo a lo anterior, el principal síntoma es la “legalización posterior” de una actuación que debió ser realizada en su debido momento. En el peor de los casos, cuando se hace una vez concluido el contrato. Lo anterior claramente atenta contra el principio de Transparencia y se convierte en una actuación al margen de la legalidad.

TRATAMIENTO

La dificultad con esta práctica, es que una vez se deja pasar el momento para realizar la actuación por parte de la Entidad y se “legaliza” la misma, se genera el *hecho cumplido*.

70 Departamento Nacional de Planeación, Manual de Buenas Prácticas para la Gestión contractual pública. Bogotá, D.C., 2004, págs. 22 y 23.



Anteriormente, las Entidades optaban por no hacer la actuación tardía y evitar que se concretara el hecho cumplido, acudían a instancias de conciliación externas (incluso ante la misma Procuraduría General de la Nación), para que mediante un acuerdo la Entidad arreglara su situación con el contratista. Esta situación se identificaba como la salida viable, lo cual resultaba reprochable por lo entes de control. Por lo anterior, se generó la posibilidad de ir ante los jueces administrativos, donde hasta el año 2012 jurisprudencialmente era aceptado reconocer indemnización al contratista, pero desde entonces, mediante Sentencia de Unificación⁷¹, el Consejo de Estado determinó que la reclamación económica derivada de un hecho cumplido y no pagada, no podía prosperar mediante una acción ante el juez administrativo por enriquecimiento sin causa en favor del Estado.

Lo anterior, implica que no es posible pagar los hechos cumplidos los cuales deben tener un tratamiento previo y evitar su ocurrencia, por cuanto una vez se materializa, resulta imposible de pagarse además de ser sancionable ante los ojos de los organismos de control.

Por lo anterior, de forma preventiva las Entidades deben contar en su Manual de Contratación con los respectivos procedimientos que expliquen el paso a paso de actuaciones como:

- Los requisitos de inicio de la fase de selección del contrato (requisitos necesarios, principalmente el Certificado de Disponibilidad Presupuestal y el Registro).
- La firma y legalización del contrato (presentación de garantías, aprobación y acta de inicio) y demás aspectos

71 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado N° 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Sentencia del 19 de noviembre de 2012. M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa

establecidos en el contrato para su ejecución v.gr., aprobación de la muestra o del plan de trabajo y cronograma.

- Los requisitos y el paso a paso para realizar una modificación contractual (desde el Certificado de Disponibilidad Presupuestal y el Registro, hasta su firma y legalización).

EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

De lo anterior, es posible que se deriven los siguientes tipos de responsabilidad:

TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
DISCIPLINARIO	<p>Se puede derivar del incumplimiento de las normas de la contratación a cargo de los funcionarios relacionados con el contrato.</p> <p><i>“(el alcalde)... certificó el de cumplimiento de tales trabajos, permitiendo con ello la legalización de hechos cumplidos, el pago de los mismos por vía de conciliación prejudicial y la violación de los principios de economía y responsabilidad para la contratación estatal y del artículo 71 del Decreto 111 de 1996”⁷²</i></p>

72 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal. Radicado N° 165-140260-2006. Bogotá, D.C., 14 de marzo de 2008



TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
PENAL	<p>Al celebrar adiciones sin la existencia como tal del <i>documento escrito</i>, se ha sancionado bajo la conducta de “celebración de contratos sin los requisitos legales” y en algunos casos se ha castigado incluyendo el delito de “falsedad ideológica”⁷³.</p>
FISCAL	<p>La Contraloría, mediante sus visitas de auditoría a las Entidades, es la pionera sobre el tema de declarar los hallazgos derivados de los “hechos cumplidos”. Dependiendo del tipo de conducta y las implicaciones que tiene, normalmente cuenta como un hallazgo de orden disciplinario, el cual puede llegar a constituirse en una falta gravísima⁷⁴. Al ser una “legalización” de una actuación no realizada en el momento debido, es dolosa, es decir “realizada con el conocimiento de causa”.</p>

73 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado N° 19392. M.P Edgar Lombana Trujillo. 27 de abril de 2006

74 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicado N° 162-152610-06. Fernando Alberto Rodríguez Castro. Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2008



“(...) por ello le asistía el deber de observar las reglas de la contratación estatal, sus principios y procedimientos, de modo que con fundamento en sus deberes como burgomaestre desconoció el principio de responsabilidad, según las previsiones del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, numeral 1, en la dirección y manejo de la actividad contractual, comoquiera era de su competencia realizar los trámites necesarios para celebrar el contrato según las formalidades previstas en el estatuto de contratación del Estado, sin embargo, no plegó su conducta a derecho y otorgó una orden de servicios en forma verbal, con desconocimiento del procedimiento que rige el negocio jurídico estatal, no obstante que el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar escrito contractual, o la orden de servicios, si es el caso”

(Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicado N° 162-152610-06. Fernando Alberto Rodríguez Castro. Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2008)

2.3.3 Desequilibrio Económico – Reclamaciones

“Lo que pudo ser y no fue”

Este tipo de práctica se deriva de la fase de planeación, pero se concreta en la etapa de ejecución del contrato y específicamente se presenta cuando el contratista presenta reclamaciones económicas con miras de conseguir una “utilidad extra”, reflejada en el valor del contrato y derivada de la obligación que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, referente al restablecimiento del



equilibrio económico, es decir, retornar a las condiciones inicialmente establecidas en el contrato.

Normalmente esta mala práctica se traduce en que el contratista guarda “prudente silencio” en los momentos donde es posible definir el catálogo de riesgos en la fase de planeación, lo cual conduce a que de forma conveniente el contrato se genere con vacío respecto de “*lo que pudo ser y no fue*” en materia de riesgos, donde el contratista, actuando en contra del principio de buena fe, presenta reclamaciones de forma indiscriminada, cuando se presentan situaciones que puedan afectar el adecuado desarrollo de las obligaciones del contrato. En este caso, el oferente – contratista actúa en contra de su estatus de colaborador de Estado (Art. 3 ley 80 de 1993).

Es una práctica que es cada vez más común y tiende a suceder en las Entidades que no confeccionan un análisis de riesgos específico para cada contrato, derivada en muchos casos de la premura de realizar la contratación, o incluso de la exagerada cantidad de contratos y el poco personal asignado para dicha tarea. Es por esto que se tiende a hacer un “*análisis de riesgo tipo*”, que resultan aplicados a un sin número de contratos y en los peores casos incluso a contratos abiertamente distintos, donde el catálogo de riesgos se convierte en el cumplimiento de un requisito legal y no en la realidad de las situaciones que se pueden presentar en la ejecución del contrato.

Sin duda, la mayor importancia de contar con un catálogo de riesgos que determine su correspondiente asignatario y definición de sus efectos económicos (tratamiento), es poder contar con un marco claro de responsabilidad en el caso en que dichos eventos se presenten y generen una situación específica del “rompimiento del equilibrio económico” o “Desequilibrio

económico del contrato". En dichos casos, la Entidad estará en la obligación de retornar a las condiciones iniciales o retomar el equilibrio del mismo, es decir, que los efectos se traducirán en una inyección de recursos por parte de la Entidad, con miras a lograr culminar la ejecución del contrato como estaba previsto, siempre que los mismos sean sobrevinientes y no hayan correspondido a riesgos previsibles.



TRATAMIENTO

Manténgase alerta cuando se presente:

- Análisis de riesgos deficientes o precarios, que contemplan vacíos frente a la responsabilidad tanto de la Entidad, como del contratista.
- Reclamaciones por desequilibrio económico constantes, derivadas del vacío en materia de riesgos.
- Pagos elevados por parte de la Entidad, derivados de reclamaciones.



TRATAMIENTO

Los efectos de las reclamaciones se pueden disminuir siendo preventivos y atendiendo lo siguiente:

- La Entidad debe establecer una metodología de riesgos al interior, que se pueda aplicar a los procesos de contratación según su complejidad e intensidad (Circular 8 de Colombia Compra Eficiente).
- Capacitar a los funcionarios sobre la forma de desarrollar matrices de riesgo, de forma que el ejercicio no se limite a hacer formatos sino a reflexionar sobre las eventualidades que pueden amenazar el éxito del proyecto.
- Es importante tener en cuenta que para hacer un restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por parte de la Entidad, ésta debe partir de que existen factores externos al contrato que afectan el desarrollo del mismo y que dichos eventos no son necesariamente responsabilidad del contratista. Además es este último quien debe comprobar el daño.
- Resulta indispensable que en el ejercicio de la elaboración de la matriz de riesgos exista presencia de un equipo interdisciplinario de estructuración de los estudios previos en los que según la complejidad del proceso, se vincule al supervisor del contrato si es de aquellos que usualmente contrata la entidad, para que con base en su experiencia en la ejecución de ese tipo de proyectos, se recoja una regulación de los riesgos usuales para el tipo de proyecto.





EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

- El principal perjudicado será el presupuesto de la Entidad, por cuanto por concepto de reclamaciones derivadas del rompimiento del desequilibrio económico, se termina pagando una cifra más alta a la inicialmente contemplada para lograr ejecutar el contrato.
- Evitar la planeación previa puede conllevar a que se presenten hallazgos por parte de los organismos de control y usted como funcionario público puede incurrir en faltas gravísimas que pueden generar acciones de repetición.

“La incorrecta aplicación de la teoría de la imprevisión ha permitido que de manera fraudulenta se acuda a buscar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su ruptura deviene precisamente de un hecho imputable al contratista, quien de manera negligente, cuando no ilegal, ha dejado de considerar en su oferta situaciones que eran fácilmente previsibles o ha realizado ofertas más bajas que sus competidores a sabiendas que con posterioridad intentaría el pago de un mayor valor por parte de la administración aduciendo su imposibilidad de prever lo previsible”⁷⁵

75 Gómez Lee, Iván Darío. “El derecho de la Contratación Pública en Colombia”. Ed. Legis. Primera Edición. 2012. Pág. 253



TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
DISCIPLINARIO	<p>Derivada del incumplimiento de las normas de la contratación a cargo de los funcionarios relacionados con el contrato, concretamente en la fase de planeación⁷⁶.</p>
FISCAL	<p>La Contraloría, mediante sus visitas de auditoría a las Entidades, es la pionera sobre el tema de declarar los hallazgos derivados de las reclamaciones económicas. Acorde con la conducta, el hallazgo puede variar, e incluso derivar en penal o disciplinario.</p> <p><i>“(...) profirió fallo con responsabilidad fiscal por 2.585 millones de pesos contra el ex Gobernador de Casanare, Withman Herney Porras Pérez, la Unión Temporal CASANARE HÁBITAT DE PAZ y la firma interventora Consorcio JG - 2004, por el indebido reconocimiento que se hizo al mencionado contratista de \$1.973 millones, por concepto de desequilibrio económico en un contrato de obra de 2004 cuyo objeto era construir 1.055 viviendas de interés social en este departamento”⁷⁷</i></p>

76 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Decisión 161 - 5068 (IUC D 2009 - 878 - 185209). Bogotá, D.C., 21 de junio de 2012

77 Contraloría General de la República. Comunicado de prensa N° 109. Fallo de responsabilidad fiscal contra Withman Porras como ex gobernador de Casanare



2.3.4 Suspensiones

“En cámara lenta”

La suspensión del contrato es una interrupción al plazo de ejecución, en virtud de las circunstancias anormales que puedan afectar el desarrollo normal y solo la puede autorizar la persona designada en el Manual de Contratación⁷⁸. A diferencia de las modificaciones contractuales, se tramita a través de un acta y en muchas opciones resulta mal utilizada, por cuanto se tiende a desviar su propósito.

Esta modalidad, implica, cuando es mal usada, que con la complicidad del supervisor y/o interventor, la Entidad acepta la suspensión solicitada por el contratista, cuando no existe una justificación real para generar la misma. Normalmente, esto sucede cuando faltan pocos días para culminar el plazo contractual, y el contratista tiene atrasos en la ejecución, para lo que requiere de unos pocos días adicionales para terminar. Por ende, se procede a suspender, bajo una fundamentación irreal, para que el contratista en los días de suspensión adelante los trabajos faltantes. No obstante lo anterior, no se trata de satanizar la suspensión del contrato pues como bien lo indica la doctrina:

78 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. M.P: Ramiro Pazos Guerrero. Rad. N° 29202. Bogotá, D.C., 29 de abril de 2015.

“Es menester indicar que las actas de suspensión son una expresión de mutación contractual y, por lo tanto, deben ser avaladas por quienes crearon el instrumento obligacional. En consecuencia, a falta de consentimiento manifiesto de la entidad sobre lo consignado en dichas actas, la Sala estima que estas no podían, en derecho, suspender el plazo de ejecución del contrato.

Al afectar el cumplimiento temporal de las obligaciones a cargo de las partes, la suspensión debió ser acordada por ellas”.



“Sin embargo, la suspensión, como parálisis transitoria del contrato, es provechosa para los intereses públicos cuando no siendo posible continuar con su ejecución por circunstancias imputables a la Administración o por hechos externos, se erige en la medida salvadora para detener el taxímetro creciente que en ciertos contratos implica la permanencia de personal o uso de maquinaria o la existencia de condiciones de ejecución dispuestas por el contratista. Frente a la imposibilidad inmediata de acometer el contrato, muchas veces puede ser conveniente suspenderlo para que el contratista tome las medidas del caso en procura de evitar costos innecesarios para el erario.”⁷⁹



TRATAMIENTO

El principal síntoma se relaciona, con que los contratos se terminan dentro del plazo establecido de forma contractual, pero al revisar las fechas de inicio con la de terminación efectiva, existen demoras importantes las cuales no se derivan de una situación fortuita, sino de la inoperancia o demoras derivadas del contratista que encubre el supervisor o interventor mediante las suspensiones que se realizan con tal propósito.

La consecuencia más gravosa, es que en el periodo de “suspensión”, donde tanto la ejecución real a cargo del contratista como la ejecución administrativa están congeladas, el contratista (generalmente) continúa ejecutando para “ponerse al día”.

79 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo; Régimen Jurídico de la Contratación Estatal; Ed. Legis, Bogotá, D.C., año 2001; págs. 397 y 398.



“(...) de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido”⁸⁰



TRATAMIENTO

La jurisprudencia ha señalado que *“La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido.”⁸¹*

Es importante tener presente que la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional.

Sobre este supuesto, es necesario que dentro del Manual de Contratación de la Entidad, exista un claro procedimiento

80 Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Bogotá, D.C., 11 de abril de 2012

81 Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad: 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434). Bogotá, D.C., 11 de abril de 2012



con el paso a paso para adelantar una suspensión, cumpliendo con todos los requisitos.

La solicitud de suspensión debe incluir:

- Una justificación válida.
- Un periodo de tiempo o una condición. Éste debe responder a la justificación, no puede ser más amplia ni resultar desproporcionada (Ej.: Por una demora de un día en la entrega de un material, se soliciten 15 días de suspensión).
- Debe ser adoptada mediante un acuerdo entre la Entidad, el interventor o el supervisor y el contratista.
- Se debe realizar por escrito en un acta que contenga lo anteriormente mencionado.
- Debe ser suscrita por quien tenga la competencia para el efecto conforme al Manual de Contratación.

Adicionalmente, para evitar incurrir en esta conducta y darle el tratamiento adecuado, si la suspensión se deriva de causas imputables al contratista y se requiere prorrogar el plazo del contrato para lograr el fin del proyecto y evitar un perjuicio mayor para la Entidad, todos los costos que se generen por esta prórroga serán por cuenta del contratista, incluyendo el valor del periodo adicional de Interventoría, el cual será descontado de las actas de obra y/o actas de liquidación conforme se pacte en el respectivo contrato.

En materia contractual pública, debe precisarse que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, Santafé de Bogotá, D.C., 13 de septiembre de 1999. Radicación número: 10264, se ha manifestado respecto a los plazos del contrato en el siguiente sentido:



“La sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado”. (Negrita fuera de texto)

Ahora bien, la doctrina se ha manifestado con respecto a la exigibilidad de las obligaciones una vez vencido el plazo, indicando: “... aunque haya vencido el plazo del Contrato, las partes siguen cumpliendo obligaciones recíprocamente, se concluye el objeto del Contrato, la Administración ordena obras extras y adicionales (...), etc., y el Contrato sólo termina cuando ya se haya cumplido con el objeto, aún después de vencido el plazo...”⁸². (Negrita fuera de texto)

La anterior posición se ratifica jurisprudencialmente en la sentencia del Consejo de Estado⁸³, la cual abarca la misma temática en los siguientes términos:

“Obsérvese que en el art. 1625 del Código Civil entre los diferentes modos que señala para extinguir las obligaciones, no relaciona la llegada del plazo; de lo cual se deduce que éste no extingue las obligaciones, porque ocurrida o llegada la fecha para su cumplimiento lo que deviene es la exigibilidad de las mismas, pero no la extinción ipso facto de todos los derechos y

82 Palacio H, Juan A., “La Contratación de las Entidades Estatales”. Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá, 2003, p. 286.

83 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque. 13 de septiembre de 1999. Radicación número: 10264

obligaciones, **ya que si entre las partes existen obligaciones pendientes, ÉSTAS SÓLO SE EXTINGUIRÁN UNA VEZ SE HAYA CUMPLIDO CON LAS MISMAS.**

*En otras palabras, con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la relación contractual, si del Contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes, **caso en el cual el vínculo que se ha creado con el Contrato todavía estará vigente y aún no se ha extinguido.** (...)*

Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, con la entrega del suministro, con la prestación del servicio, también lo es, que éste plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes." (Negrillas y subrayado fuera de texto)"

Así las cosas, en nuestro entender, a pesar de que se encuentre vencido el plazo de ejecución de un contrato, si existen obligaciones pendientes de cumplimiento, éstas deben cumplirse so pena de afectar el interés general, sin que ésta sea una regla general dado que conforme al Estatuto Anticorrupción⁸⁴, al supervisor e interventor les asiste una carga de diligencia e información que implica una obligación de resultado sobre el adoptar acciones tendientes al cumplimiento oportuno del contrato.

84 Ley 1474 de 2011





EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

Esta conducta ha resultado sancionada a través de sanciones de índole disciplinario, principalmente:

TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
DISCIPLINARIO	La Procuraduría ⁸⁵ ha dado el tratamiento de falta grave al mal uso de la figura de la suspensión, concretamente derivado de la negligencia en las funciones.

Para tener en cuenta: Las reclamaciones económicas deben ser presentadas en el momento que la situación se genera. Esto implica que si se suscriben otrosíes (modificaciones, adiciones o prórrogas) o suspensiones al contrato y en las mismas no se formula reclamación, salvedad u objeción alguna, se entiende que se está conforme con lo convenido y conlleva a que si se presentan reclamaciones con posterioridad, principalmente en el acta de liquidación bilateral, estas resultan extemporáneas.

(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. MP: Jaime Orlando Santofimio. Rad. 30.290. Bogotá, 28 de mayo de 2015)

85 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal. Radicado N° 096-2336. Bogotá, D.C., 29 de septiembre del 2011



2.3.5 Otros aspectos a tener en cuenta

2.3.5.1 Subcontratación

La subcontratación es definida por el Consejo de Estado⁸⁶ como “(...) un negocio jurídico que supone la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, por medio del cual el tercero substituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es el responsable ante la entidad estatal por las obligaciones derivadas del contrato adjudicado”. Al respecto, debemos tener en cuenta que:

- > La subcontratación es una herramienta con la que cuenta el contratista para lograr cumplir el objeto del contrato, acudiendo a terceros a los cuales se les encarga gestiones específicas.
- > Las normas sobre la materia no restringen la existencia de la subcontratación, pero tiene un límite obvio y es que no es viable subcontratar la totalidad del objeto o la prestación principal del contrato, lo cual ha sido cuestionado por parte de la Procuraduría General de la Nación, al entenderlo como una violación al principio de Transparencia⁸⁷, por cuanto dicha subcontratación se convierte en realidad en una cesión del contrato, lo cual puede derivarse que en algunos casos la Entidad seleccionó a un contratista que no tenía la idoneidad requerida para la ejecución del mismo.

86 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero. Rad. 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088). 12 de agosto de 2013.

87 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Radicado N° 161 - 5573 (IUS 2012 - 331296). Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013).



2.4

En este sentido, la Entidad contratante debe regular la subcontratación, imponiendo límites a la misma en el cuerpo del contrato (prohibiéndola, solicitando autorización previa de la Entidad y/o restringiéndola frente a ciertas obligaciones, actividades o prestaciones).

POSCONTRACTUAL

2.4.1 Liquidación de contratos

**“Lo que no pasa en 100,
no pasa en un día”**

La culminación de la etapa de ejecución del contrato conlleva a que se dé inicio a la fase de liquidación del contrato



en la cual se busca realizar un “cruce de cuentas” entre las partes del contrato. En efecto, *“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución”*⁸⁸.

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y termine, y más adelante las partes valoran el resultado, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste⁸⁹.

Esta actividad de liquidación ha sido uno de los momentos frente a los cuales se tiende a restarle importancia en las entidades, seguramente empañado por la consideración errónea de “haber llegado a la meta”, es decir de haber terminado la ejecución del contrato.

En esta etapa se pueden presentar varias prácticas que atentan contra las normas y principios que en algunos casos pueden traducirse en corrupción, y en otros donde prima la inactividad de la administración. Todas conducen a generar un acta de liquidación con irregularidades o incompleta, por fuera de plazo o en el peor de los casos, inexistente, de forma que se atenta contra la Transparencia en esta etapa.

88 Beltrán Pardo, Jorge, Memorias Centro de Estudios “Visión práctica de la reforma legal y reglamentaria del EGCAP”, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2013, pág. 52

89 Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, M.P Enrique Gil Botero



SINTOMATOLOGÍA

Como se señaló, la conducta se puede generar de distintas maneras:

- **Acta de liquidación con irregularidades:** La situación se presenta cuando se suscribe el acta de liquidación, señalando que se ha cerrado la relación contractual entre la Administración y el contratista, obviando la realidad, es decir, cuando el objeto del contrato no se ha agotado. Esta práctica incluye que sea posible dejar objetos inconclusos o terminar contratos por fuera de la fecha convenida, en el mejor de los casos.
- **Acta de liquidación incompleta:** Este tipo de documento adolece de los requisitos necesarios para dejar las cuentas claras entre las partes, por lo que puede resultar cuestionable.
- **Inexistencia del acta de liquidación:** Cabe señalar que en muchas Entidades no se acata lo establecido en la norma, en cuanto a los plazos determinados por la ley para liquidar. Lo anterior genera que existan atrasos importantes en las liquidaciones, por lo que existen eventos donde han pasado varios años, y en este evento la Entidad pierde la capacidad para expedir dicha acta⁹⁰.

90 Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 2015EE0060255 del 14 de mayo de 2015.

“No es posible entonces proceder a liquidar el contrato cuando el término de caducidad ha vencido o se ha notificado el auto admisorio de la demanda, en cualquiera de los dos casos la entidad pierde competencia





TRATAMIENTO

Por lo anterior, el actuar de la administración tiene que ser de orden preventivo, y se traduce en el desarrollo de un procedimiento dentro del Manual de Contratación, que describa el paso a paso para elaborar la liquidación y que contenga los requisitos necesarios, pasos a seguir, tiempos de respuesta de cada actividad y puntos de control que garanticen el cumplimiento de los fines estatales, a saber:

- > El desarrollo contractual completo (contiene el resumen de las adiciones, los *otrosíes* y las prórrogas celebradas).
- > Resumen de las cantidades efectivamente ejecutadas en virtud del contrato.
- > Extensión de las garantías, principalmente las de naturaleza postcontractual y su aprobación.
- > Los pagos efectuados.
- > Las solicitudes de reconocimiento, si hay lugar (Desequilibrio Económico) presentadas y su aprobación o no.
- > Balance económico final del contrato.
- > Los paz y salvos y el listado de documentos necesarios para la culminación efectiva.
- > Las salvedades propuestas por las partes (en liquidación bilateral).

para llevar a cabo la liquidación, sin perjuicio de las responsabilidades de los servidores públicos que tenían el deber de hacerlo dentro de los términos otorgados por la ley"



- > La verificación del cumplimiento de los pagos a la seguridad social verificando las planillas de pago⁹¹ (no declaración juramentada ni certificación del representante legal o revisor fiscal).
- > Demás información que se considere relevante y que no sea repetición o reiteración del expediente contractual.
- > Debe ser firmada por los representantes legales de las partes y debe ser verificada y/o avalada por el supervisor.

Para tener en cuenta: El Supervisor y/o el interventor tienen un papel fundamental en la formulación del acta cuyo procedimiento deben acompañar, por lo que debe tenerse como una obligación y función para ellos, ya sea en el contrato o en el Manual de Contratación de la Entidad.

Importante !

En el momento de se tiene el acta de liquidación completa, se debe revisar la vigencia de los amparos que van a tener cobertura con posterioridad a la firma del acta (calidad, estabilidad, prestaciones laborales, mantenimiento, y demás postcontractuales), por cuanto deben quedar debidamente actualizadas, aprobadas por el funcionario competente conforme al Manual de Contratación y objeto de verificación hasta su finalización por parte del supervisor del contrato⁹².

91 Artículo 50 Ley 789 de 2002

92 Cierre del expediente conforme al Decreto 1082 de 2015



EN CASO DE NO SEGUIR EL TRATAMIENTO:

En ese sentido, es posible que deriven los siguientes tipos de responsabilidad:

TIPO DE RESPONSABILIDAD	FALLO
PENAL	<p>Se puede configurar en la medida que se suscriba acta de liquidación, sobre asuntos inconclusos, que puedan conllevar a la apropiación de recursos.</p> <p>Por otra parte, en caso de no realizarse es posible que se configure el delito de “celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”⁹³, el cual implica que un servidor público (en cumplimiento de sus funciones) tramite, celebre o liquide un contrato que carezca de los requisitos establecidos, no solo en la Ley, sino en los documentos contractuales. La sanción que tiene contemplada el Código Penal establece una pena privativa de la libertad (4 a 12 años), una sanción económica (50 a 200 SMMLV) y una sanción de orden disciplinario (Inhabilidad entre 5 y 12 años).</p> <p>Hay que recordar que este tipo de delito tiene diversas implicaciones, como lo ha dicho la jurisprudencia en varias oportunidades:</p>

93 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 31654. M.P: María del Rosario González de Lemos. Bogotá, D.C., 20 de mayo de 2009

PENAL

“1) Previos a la celebración del contrato: a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente. d. La licitación o el concurso previo.

“2) Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular: a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

“3) Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado: a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación”.

DISCIPLINARIO

Se puede derivar responsabilidad al suscribir el acta de liquidación sobre asuntos inconclusos, hecho que ha sido presentado en varios pronunciamientos.⁹⁴

Pero también se puede desprender de la suscripción por fuera de los plazos establecidos legalmente, como en el siguiente caso, donde señala:

94 Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal Radicación # 021-24639-1999. Bogotá, D.C., 29 de abril de 2003



DISCIPLINARIO

“Más que infracción penal, la liquidación, en forma tardía, podría llegar a constituir una infracción a un deber, ya que es obligación de todo servidor público cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, so pena de incurrir en una falta disciplinaria, pues con la imposición de los deberes se persigue que la conducta que los servidores públicos desarrollen sea acorde con los intereses generales y en armonía con los principios que rigen la función administrativa.”⁹⁵

FISCAL

La fase de liquidación del contrato da inicio para que la Contraloría inicie sus acciones, en virtud del control posterior, a saber:

95 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegado para la investigación y el Juzgamiento Penal. Concepto N° 065-1IJP. M.P: Jorge Alberto González Vásquez. Bogotá, D.C., 14 de diciembre de 2011



FISCAL

“El control fiscal sobre los contratos liquidados o terminados tiene trascendental importancia ya que permite analizar aspectos como éstos: determinar y calificar el grado de economía y eficiencia con que la administración ha obrado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad de las obras, bienes y servicios objeto del contrato, el control de las cuentas y la evaluación de los resultados obtenidos con la inversión, todo ello en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 267 y 272 de la Carta. De acuerdo con los resultados de este exámen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.”⁹⁶

96 Corte Constitucional. Sentencia C-967 de 2012. M.P Jorge Iván Palacio.



BIBLIOGRAFÍA

Beltrán Pardo, Jorge. (2013). *Memorias Centro de Estudios "Visión práctica de la reforma legal y reglamentaria del EGCAP"*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital.

Colombia Compra Eficiente. *"Manual para la identificación y cobertura del riesgo"*.

CONPES 3714. *"Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública"*.

Chacón, Antonio José. (2013). Bogotá, D.C. *"Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales"*. Ed. Ibáñez.

Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. (2001). Bogotá, D.C., *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Ed. Legis, págs. 397 y 398.

Departamento Nacional de Planeación. (2004). Bogotá, D.C. *Manual de Buenas Prácticas para la gestión contractual pública*.

Gómez Lee, Iván Darío. (2012). Bogotá, D.C. *"El derecho de la Contratación Pública en Colombia"*. Ed. Legis. Primera Edición.

Molano López, Mario Roberto. (2010). Bogotá, D.C. *"Los sujetos de la Contratación Estatal y su Régimen de Inhabilidades. Incompatibilidades y Conflictos de Interés"*. Ed. Nueva Jurídica.

Pinzón Alameda, Alejandro. (2014). Bogotá, D.C. *"Diccionario de Contratación Estatal"*. Ed. Legis. Primera Edición.

Rodríguez, Libardo. (2012). Bogotá, D.C. *"El equilibrio económico en los contratos administrativos"*. Temis, 2ª Ed.

Fallos y Conceptos

Corte Suprema de Justicia. Radicado 39193. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. 28 de agosto de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Radicado. 42038. M.P. Eyder Patiño Cabrera. 12 de marzo de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Radicado. 41381. M.P. Javier Zapata Ortíz. 3 de julio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 38438. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. 13 de agosto de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 37462. 16 de julio de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 31654. M.P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá 20 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 25104. M.P. Clara Luz Jaramillo. 5 de noviembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP: Julio Enrique Socha Salamanca. Proceso No 28760. Bogotá, D.C., 4 de febrero de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 31654. M.P. María del Rosario González de Lemos. Bogotá, D.C., 20 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Javier Zapata Ortíz. Bogotá, D.C., 17 de septiembre de 2008. Proceso No 26410.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Proceso No 28760. Bogotá, D.C., 4 de febrero de 2009.



Corte Constitucional. Sentencia C-967 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio

Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). 2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 8 de febrero de 2012. Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688)

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado: 13001-23-31-000-1999-00113-01, M.P. Enrique Gil Botero, 26 de febrero de 2014

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz (E). Rad: 31837. Bogotá, D.C., 6 de mayo de 2015.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano. Rad: 2148. Bogotá, 23 de agosto de 2013.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. N° 29202. Bogotá, D.C., 29 de abril de 2015.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287). Sentencia de 31 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464). Sentencia del 1° de febrero de 2012. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad.25000-232600019960264401(20007). Sentencia del 16 de agosto de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324). Sentencia de 12 de junio de 2014. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad: 25000232600019990248001 (28040). Sentencia del 16 de marzo de 2015. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad; 25000232600019961280901(27986). Sentencia del 12 de noviembre de 2014. M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia. Rad. 760012331000199705064 (17783). Sentencia del 4 de junio de 2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Radicado 075-004139, Disciplinado: Lesbia del Carmen Beleño de Puello-Directora ESAP territorial Bolívar, Asunto: Fallo de segunda instancia, 31 de marzo de 2011

Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Radicado 2011-98-353792, Disciplinado: Argenis Velásquez, Robinson Delgado y José Ignacio Ordoñez - Alcaldesa de Orito Putumayo y otros, Fallo de segunda instancia, 8 de Junio de 2012.

Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Radicado 17011708, Disciplinado: Gilberto Gómez Duque y Jenny Forero Fandiño - Ex Alcalde y Secretaria de Gobierno de Gachalá Cundinamarca, Fallo de segunda instancia, 20 de junio de 2012.

Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Radicado 2011-98-353792, Disciplinado: Argenis Velásquez, Robinson Delgado y José Ignacio Ordoñez- Alcaldesa de Orito Putumayo y otros, Fallo de segunda instancia, 8 de junio de 2012.



Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Decisión 161 - 5068 (IUC D 2009 – 878 - 185209). Bogotá, D.C., 21 de junio de 2012

Procuraduría segunda Delegada para la contratación Estatal, Radicado 094-4291-2006, Disciplinado: Gregorio Galán Becerra – Alcalde de Paipa Boyacá, Fallo de segunda instancia, 15 de octubre de 2010.

Procuraduría segunda Delegada para la contratación Estatal, Radicado IUS - 2009-282747, Disciplinado: Juan Jairo Montoya Correa –Alcalde municipal de Concordia, Fallo de segunda instancia, 19 de octubre de 2011.

Procuraduría segunda Delegada para la contratación Estatal, Radicado IUS 2012-83864, Disciplinado: Arnoldo Guzmán Quimbayo y Miguel Giovanni Gómez –Alcalde municipal de Rovira y Secretario de Planeación, Fallo de segunda instancia, 12 de marzo de 2013.

Procuraduría General de la Nación. Primera Delegada para la Contratación Estatal Radicación # 021-24639-1999. Bogotá, D.C., 29 de abril de 2003

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegado para la investigación y el Juzgamiento Penal. Concepto N° 065-1IJP. M.P. Jorge Alberto González Vásquez. Bogotá, D.C., 14 de diciembre de 2011.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado. Concepto N° 002 /2012.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación N° 021-72883-2002.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación N° 021-72883-2002.

Contraloría General de la República. Concepto 2012EE0071253 del 25 de octubre de 2012.

Contraloría General de la República. Fallo 0022 de 30 de abril de 2013. Entidad: Fondelibertad. Tema: Irregularidades en los estudios previos pueden ser causal de responsabilidad fiscal.

Contraloría General de la República, Concepto 4435 del 26 de enero de 2012.

Contraloría General de la República. Concepto 80112 – EE40091 del 17 de julio de 2009.





