

CONTRATACIÓN VISIBLE

Manual para un buen control de recursos en la contratación pública

** Incluye relación con las 138 fuentes normativas vigentes*

Iván Darío Gómez Lee



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**



**AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA**



IEMP Instituto de Estudios
del Ministerio Público



Iván Darío Gómez Lee. Auditor General de la República
Ana María Echeverry Álvarez. Auditora Auxiliar



Alejandro Ordóñez Maldonado. Procurador General de la Nación
Marta Isabel Castañeda Curbelo. Viceprocuradora General de la Nación
Christian José Mora Padilla. Director Instituto de Estudios del Ministerio Público

Contratación visible **Manual para un buen control de recursos en la contratación pública**

© Iván Darío Gómez Lee, 2010
© Auditoría General de la República, 2010
© Procuraduría General de la Nación, 2010
© Instituto de Estudios del Ministerio Público IEMP, 2010

Edición: Auditoría General de la República en coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Público – IEMP–

Autor: Iván Darío Gómez Lee

Coordinación editorial: Diana Marsella Lozano Ortiz, Viviana Castañeda Aya, Luz Jimena Duque Botero, Estefanía Piscioti Blanco

Diseño y diagramación: Juan de Dios Cano Londoño

Portada: David Garzón Rodríguez

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia
Bogotá D.C., febrero de 2011

Primera edición
1.850 ejemplares

ISBN: 978-958-99001-2-3

PRESENTACIÓN	7
1. CONTRATACIÓN ESTATAL EN SENTIDO ESTRICTO, EN SENTIDO AMPLIO Y SUS PRINCIPIOS	9
2. EL MARCO DE REGLAS, SU INSEGURIDAD JURÍDICA E IMPACTO	17
2.1. El Marco de la Reforma a la Contratación en 2007	17
2.2. El impacto jurídico de las nuevas reglas en la contratación pública colombiana	18
2.2.1. <i>Normas que inciden directamente en la Ley 80 de 1993, en forma expresa o tácita</i>	18
2.2.2. <i>La vigencia de la Ley 1150 de 2007 y el estado de los decretos</i>	20
2.3 Normas vigentes	24
3. LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	26
3.1. Licitación Pública	27
3.2. Selección Abreviada	29
3.2.1. <i>Causales</i>	29
3.3. Concurso de Méritos	46
3.3.1 <i>Aspectos conceptuales</i>	46
3.3.2 <i>Procedimiento y características</i>	49
3.3.3 <i>Concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros</i>	53
3.4. Contratación Directa	54
3.4.1. <i>Reglas generales</i>	54
3.4.2. <i>Causales</i>	55
4. CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	66
4.1 Contrato de prestación de servicios profesionales	66
4.2. Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión	67
4.3 Contratos de prestación de servicios artísticos con persona natural	68
4.4. Contratación con persona jurídica	69
4.5 Exigencias y requisitos	70
4.5.1 <i>Exigencias Generales</i>	70
4.5.2 <i>Necesidad de estudios previos y selección objetiva</i>	72
4.5.3 <i>Los riesgos</i>	73
4.5.4 <i>Las garantías</i>	74
4.5.5 <i>Exigencias especiales</i>	75

CONTENIDO

[CONTINUACIÓN]

5. ALGUNOS ASUNTOS RELEVANTES	83
5.1. Otros Sujetos Especiales	83
5.2. El RUP y las Cámaras de Comercio	83
5.2.1. <i>El régimen de transición</i>	84
5.2.2. <i>De la clasificación y calificación de los inscritos</i>	86
5.2.3. <i>Certificado</i>	88
5.2.4. <i>Abstención de la inscripción, actualización o renovación</i>	90
5.2.5. <i>Información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos</i>	91
5.2.6. <i>De la impugnación de la calificación y clasificación</i>	91
5.2.7. <i>Personas extranjeras</i>	92
5.3. Uso de medios electrónicos	93
5.4. El Sistema Electrónico para la Contratación Pública	94
5.5. Lecciones aprendidas para mejorar	95
6. EL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACION Y SU VISIBILIDAD	98
6.1. La gestión fiscal en la actividad contractual	98
6.2. Casos en que hay gestores fiscales contractuales	103
6.3. El elemento subjetivo	106
6.4. Oportunidad y alcance del control fiscal según lo establecido en la Ley 80 de 1993	117
6.5. La prohibición de intervenir en la etapa precontractual	118
6.6. El control previo e interno en la contratación	120
6.7. La función de advertencia y otros pronunciamientos oportunos	122
6.8. Las acciones de control que promueve la Auditoría General de la República	125
6.9. La tipificación de riesgos fiscales, base en la Guía AGR	128
1. <i>Fallas en la Publicidad</i>	129
2. <i>Fallas en la estructuración del contrato</i>	133
3. <i>Fallas en los procedimientos de contratación</i>	144
4. <i>Tipología de contratos</i>	148
5. <i>Fallas en la ejecución de los contratos</i>	152

CONTENIDO

[CONTINUACIÓN]

7. LAS TIPOLOGÍAS DISCIPLINARIAS Y PENALES	159
7.1. Generalidades	159
7.2. Faltas disciplinarias en materia de contratación estatal	160
7.2.1. <i>Faltas Gravísimas Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002</i>	162
7.2.2. <i>Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades</i>	163
7.2.3. <i>No verificación del pago de aportes a seguridad social y parafiscales</i>	166
7.2.4. <i>Omisión de informar sanciones – Ley 80 de 1993</i>	168
7.2.5. <i>No remitir información mensual a Cámaras de Comercio</i>	168
7.2.6. <i>Aportar información falsa en la hoja de vida</i>	169
7.2.7. <i>No remitir información a la Imprenta Nacional</i>	170
7.2.8. <i>Incumplimiento de normas presupuestales</i>	170
7.2.9. <i>Información falsa o artificial en el SICE</i>	171
7.2.10. <i>No presentar reporte o plan de acción las entidades que no cuentan con recursos tecnológicos para el uso del SECOP</i>	171
7.2.11. <i>Violar la reserva de los contratos con cargo a gastos reservados</i>	172
7.2.12. <i>Demorar injustificadamente los pagos</i>	172
7.2.13. <i>Contratar a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales</i>	173
7.2.14. <i>Contratar a un diputado incurso en inhabilidad o incompatibilidad</i>	173
7.2.15. <i>Exceder el presupuesto de la vigencia o la capacidad de endeudamiento</i>	174
7.2.16. <i>Contratar a un miembro de Junta Administradora Local incurso en inhabilidad o incompatibilidad</i>	175
7.3. Conductas penales en materia de contratación estatal	175
7.3.1. <i>Celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales</i>	176
7.3.2. <i>Interés indebido en la celebración de contratos</i>	177
7.3.3. <i>Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades</i>	178
7.3.4. <i>Peculado por aplicación oficial diferente</i>	179
8. CUADRO ANALÍTICO DE NORMAS VIGENTES	181
9. BIBLIOGRAFÍA	197

PRESENTACIÓN

El presente manual tiene los propósitos de contribuir a la calidad, efectividad y transparencia de la contratación pública colombiana, a su adecuado control y permanente mejoramiento, en tanto que constituye el principal instrumento de la gestión en la ejecución de los recursos públicos. Para tal fin se tratan los siguientes temas: 1. La consolidación del concepto Contrato Estatal, la diversidad de regímenes – rasgo principal de Colombia– y los principios que regulan cada escenario jurídico. 2. El análisis del marco de reglas vigentes, su inseguridad jurídica y su impacto. 3. Un mapa explicativo de las modalidades y procedimientos de selección en los contratos estatales, a saber: la licitación, la abreviada, el concurso de méritos y la directa. 4. Los contratos de prestación de servicios. 5. Asuntos relevantes. 6. El gran reto que tenemos hoy en el país de ejercer control fiscal a la contratación pública. 7. Las tipologías disciplinarias y penales por faltas relacionadas con la contratación estatal. 8. El cuadro analítico con las 138 normas vigentes.

Estos propósitos se enmarcan en una finalidad general, entregarle al país un Manual para un Buen Control de los Recursos Públicos, que se acuñan en una sola expresión, Contratación Visible, que encierra nuestras creencias de una administración pública eficiente, efectiva, democrática y con seguridad jurídica; libre además de las manos sucias de los corruptos y sus oscuros intereses. Este manual y la publicación Contratación Segura, se encuentran en la página Web: contratacionsegura.org.co.

El mejoramiento continuo de la contratación, principal instrumento para la ejecución de las políticas sectoriales de seguridad, infraestructura, programas sociales y servicios públicos, es fundamental y debe estar en las agendas del nuevo gobierno y de nosotros en la academia y los organismos de control.

Quiero expresar mi agradecimiento especial a Diana Marsella Lozano Ortiz y Estefanía Piscioti Blanco, quienes me apoyaron en la elaboración de este documento y a las especialistas de la línea de investigación Contratación Segura, Viviana Castañeda Aya y Jimena Duque Botero. Igualmente al señor Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, al Instituto de Estudios del Ministerio Público y a la Auditoría General de la República que facilitaron los medios para la entrega gratuita de esta publicación en todos los municipios del país. A Sandra Verano Henao y José Luis Benavides Russi, quienes realizaron con rigor la investigación de la tipificación de riesgos fiscales.

En la parte final, con una extensa bibliografía, se destacan los especialistas de contratación del país; sus obras extensas son un aporte valioso cuando se trata de realizar un documento mas orientado a la práctica como el presente manual, cuya elaboración ha exigido grandes esfuerzos de síntesis.

Iván Darío Gómez Lee
Auditor General de la República

Bogotá, D.C., febrero de 2011

1. CONTRATACIÓN ESTATAL EN SENTIDO ESTRICTO, EN SENTIDO AMPLIO Y SUS PRINCIPIOS

En los países del sistema jurídico conocido como derecho administrativo continental europeo, como el Colombiano, las instituciones jurídicas tradicionalmente diferencian dos grandes categorías de contratos en los acuerdos de voluntades que celebran las entidades públicas: contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. El profesor francés Riveró señala: *“Por una parte la administración celebra contratos idénticos a los de los particulares, tal como están definidos y reglamentados por el Código Civil: compras, ventas, seguro, etc. Pero la administración puede celebrar también ciertos actos, que si bien son de naturaleza contractual, ya que se basan en acuerdos de voluntades, están sin embargo sometidos a reglas diferentes de aquellas que rigen los contratos ordinarios. Estos forman en la masa de los contratos de la administración la categoría de los contratos administrativos: obra pública, suministro, concesión de servicio, empréstito, etc.”*¹. La Unión Europea mantiene como criterio jurídico esta tradicional dicotomía, pero Colombia, no obstante su tradición jurídica continental europea en el derecho administrativo, en el año 1993 se apartó de estas dos categorías con la expedición del Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993, que en el artículo 32 definió una categoría única denominada *“contrato estatal”*, este hecho jurídico en nuestro país se ha matizado desde esa época y lo que existe es una diversidad de regímenes y normas aplicables respecto de la contratación pública. Como se verá en medio de esa diversidad de regímenes y cientos de normas, se pueden tipificar tres grandes categorías.

Cuando se expide el *“Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Colombiana”*, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 creó un concepto único y comprensivo, el del contrato estatal, en una perspectiva orgánica y de definición del negocio jurídico, es decir, se entiende por contrato estatal todo acuerdo de voluntades que celebren el cúmulo de las entidades enunciadas en el artículo 2º de dicha ley. En aquella reforma se pregonaba la creación de una categoría única y comprensiva, la de *Contrato Estatal*², en el marco de un régimen universal,

1 Rivero, Jean. Derecho administrativo, Traducción de la 9a edición, Caracas 1984.

2 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a

aplicable a todas las entidades del Estado y que se gobernarían por una serie de principios: transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, conmutatividad y equilibrio económico. Este nuevo escenario no le quitó a la contratación estatal el carácter de una actividad reglada pero si matiza ese rasgo; en efecto el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993³, dispuso la aplicación principal de las reglas de contratación del referido estatuto, pero a la vez abre las puertas a la privatización del derecho cuando permite, por primera vez, la aplicación subsidiaria del derecho civil y comercial. Adicionalmente, los artículos 23, 32 y 40 remiten a los postulados de la función administrativa, del derecho administrativo y, a su vez, a los principios generales del derecho y a la autonomía de la voluntad. Todas las relaciones contractuales leyes 1150 y 80, sometidas al control fiscal según el artículo 65 de ésta. Por último, el conocimiento de los conflictos contractuales siguió siendo competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, incluida para esa jurisdicción la revisión de los laudos arbitrales o la aprobación de las conciliaciones

administrativas. Igualmente, con una amplia penetración de las instituciones jurídicas del derecho privado cuando se permiten los arbitramentos contractuales para todo tipo de contratos estatales y se hace obligatorio el trámite previo de la conciliación extrajudicial.

PRINCIPIOS LEGALES DE LA CONTRATACIÓN ENTIDADES DEL ARTÍCULO 2º LEY 80 DE 1993
TRANSPARENCIA: Artículos 24 Ley 80 de 1993 y 2º Ley 1150 de 2007
ECONOMÍA: Artículo 25 Ley 80 de 1993
RESPONSABILIDAD: Artículo 26 Ley 80 de 1993
SELECCIÓN OBJETIVA: Artículo 5º Ley 1150 de 2007
CONMUTATIVIDAD: Artículo 28 Ley 80 de 1993
EQUILIBRIO ECONÓMICO: (Recíproco para las dos partes) Artículos 3º modificado, 4º Num. 3º, 5º Num. 1º y 27 Ley 80 de 1993

la ley 80 de 1993, Segunda Edición, Legis Editores, 2003, El autor en esta obra hace relación a la unificación de conceptos respecto de la dualidad que existía en el Decreto 222, en relación con los contratos a los que debía aplicárseles el derecho privado o el derecho público“... todo lo cual justifica la adopción de una única categoría contractual –la denominada contratos estatales -, con lo cual se evitan los conflictos y divergencias que antaño se suscitaban debido a las disímiles consecuencias que la normatividad hacia derivar en uno u otro evento. Emanación directa de la única categoría contractual, es que se prevea que el “juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, será el de la jurisdicción contencioso administrativa”. pág. 26.

- 3 “... Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...)”

Sin embargo, el postulado de que en Colombia a partir de 1993 se creó una categoría universal con un sólo régimen jurídico, es un paradigma relativo, comoquiera que por disposición de la misma Ley 80 de 1993⁴ se introducen 4 grandes ámbitos de excepción a este nuevo régimen: i. Empréstitos y cooperación internacional. ii. Actividad bancaria y aseguradora. iii. Algunos asuntos en comunicaciones. iv. Exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables. Después de 1993 ese paradigma se fractura reiteradamente por diversas leyes que crearon cerca de 35 regímenes especiales⁵. Y, por último, la legislación reciente acaba de desmoronar ese paradigma con los artículos 14, 15, 16 y 20 de la Ley 1150 de 2007, que crea 3 excepciones adicionales al llamado “régimen general” de la contratación pública. Así, y utilizando expresiones del Consejo de Estado, en Colombia se puede identificar una trilogía de regímenes: Uno, la contratación estatal en un sentido estricto, el del Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, que aplica el concepto de contrato estatal. Dos, una contratación estatal en un sentido amplio o general, que comprende todos los regímenes contractuales excepcionales sometidos al derecho privado y normas especiales por parte de entidades públicas, estos últimos regímenes privados, en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 están sometidos a principios constitucionales, inhabilidades e incompatibilidades, que le dan un marco de transparencia y de control, como se explica a continuación. Tres, las personas que siendo particulares u organizaciones privadas contratan con recursos públicos y se someten a los principios de la gestión fiscal para la buena administración de esos recursos y por ende están sometidos al control por las contralorías.

La existencia de una trilogía de regímenes lo confirma el artículo 1º de la Ley 1150 de 2007, al establecer que el objeto de esa ley, además de referirse a modificaciones a la Ley 80 de 1993, es el de dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos. Precisamente el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que aquellas entidades estatales que por disposición legal se sometan a regímenes contractuales excepcionales al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en sus actuaciones, tanto los principios constitucionales de la función administrativa como los principios de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Carta; a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, equidad y valoración de los costos ambientales; la remisión

4 El artículo 32 en su párrafo 1º, relativo a las empresas del sector financiero y el artículo 76, relativo a contratos de exploración y explotación de los recursos naturales, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

5 Conforme a una investigación que se realizó para la publicación *Contratación Segura*, se establecieron cerca de 35 regímenes especiales.

a los principios de la gestión fiscal hace que las entidades estatales sean vigiladas por las contralorías. Igualmente, se dispone que a dichas entidades también se les aplicarán las inhabilidades e incompatibilidades previstas legalmente para la contratación estatal.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA ARTÍCULOS 209 DE LA CONSTITUCIÓN , 3º CÓDIGO CONTENCIOSO Y JURISPRUDENCIA	
Igualdad:	Dar a todos el mismo tratamiento.
Moralidad:	Actuar de conformidad con principios éticos y morales.
Eficacia:	Cumplir la finalidad de los procedimientos.
Economía:	Agilizar decisiones y procedimientos.
Celeridad:	Impulso oficioso de procedimientos y trámites.
Imparcialidad:	Garantizar derechos de todas las personas sin discriminación.
Publicidad:	Dar a conocer las decisiones.
Contradicción:	Derecho a controvertir decisiones.

En el sentido similar expuesto para el segundo escenario, el Consejo de Estado colombiano sostiene que con independencia de la naturaleza jurídica del ente público contratante y de su régimen, se consideran contratos estatales aquellos acuerdos de voluntades en los que implícitamente va en-

vuelta la función administrativa prevista en el artículo 209 constitucional. Bajo esa premisa se adopta un parámetro objetivo funcional, el de la función pública, que complementa el criterio orgánico adoptado por la Ley 80 de 1993, para identificar los contratos estatales en un sentido amplio. Al respecto, la Sección Tercera del máximo órgano de lo contencioso administrativo se pronunció de la siguiente manera: *“...A juicio de la sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993(...) 2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad al Art. 82 del C.C.A. antes referido. De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a*

regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: - Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y –Contratos estatales especiales”⁶.

En el escenario tres, de personas que siendo particulares u organizaciones privadas contratan con recursos públicos y se someten a los principios de la gestión fiscal, expresó la Corte Constitucional en un caso que analizó de las sociedades de economía mixta y el régimen jurídico de derecho privado de su gestión contractual, que los fundamentos constitucionales del régimen de la acción del Estado y de las entidades públicas son diferentes de los que sirven de soporte a la actividad de los particulares. Por ello, la búsqueda de una mayor flexibilidad y su eficacia de la gestión, a través de la sujeción de entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, no puede enervar el cumplimiento de las finalidades propias definidas en la Constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales. En ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, imponen a las autoridades una gestión objetiva que debe encausarse mediante la observancia, entre otros, de los principios enunciados en el artículo constitucional 209 propios del que hacer administrativo público, y del ámbito del derecho público⁷. La sentencia de la Corte indica como criterio constitucional que la gestión contractual del Estado debe ser siempre objetiva y no discrecional, dado que es un instrumento para materializar los fines estatales.

Esa misma posición sostuve cuando me desempeñé como Director de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, al analizar la posible venta directa de Telecom a Telmex, por un documento privado, Memorando de Entendimiento –MOU-, fijamos el siguiente criterio frente a los entes de régimen contractual de derecho privado: Por el hecho de gozar de un régimen de derecho privado, las empresas privadas no pueden eludir el cumplimiento de las finalidades propias del Estado ni evadir requerimientos o controles constitucionales. En estas circunstancias, la gestión contractual siempre seguirá siendo una función reglada en el sentido de que estará sometida a los principios constitucionales consagrados en los artículos 209⁸ de la Constitución Política que a su vez desarrolla el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo; así mismo, los principios superiores del 267⁹ que desarrolla el artículo 8º de la Ley 42 de 1993. Tal circunstancia obliga a concluir que la libertad contractual de los entes públicos o estatales particulares que

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de fecha 8 de febrero de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Rad. 16661.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-629 de julio 29 de 2003. Exp. 4448. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Función administrativa.

9 Gestión fiscal.

manejen o administren recursos, que se someten a regímenes de derecho privado no es absoluta, dado que el ámbito de sus actuaciones se encuentra circunscrito por el interés general, por los principios constitucionales esenciales y por el control que ejercen las contralorías.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA GESTIÓN FISCAL ARTÍCULOS 267 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 8º LEY 42 DE 1993 INCLUYE A PARTICULARES QUE MANEJEN RECURSOS PÚBLICOS
Eficiencia: Optimizar los recursos.
Economía: Mejores condiciones de precio en igual calidad.
Eficacia: Cumplir metas y finalidades.
Equidad: Igualdad para los receptores.
Valoración de costos ambientales: Costos ecológicos.

Las posiciones expuestas son todas coherentes y atienden a los intereses superiores que involucran la contratación pública o la contratación estatal, en razón a que el objetivo de la contratación estatal con recursos públicos

es acudir a un acuerdo de voluntades para desarrollar actividades orientadas a cumplir o apoyar los fines del Estado, prestar los servicios públicos, atender funciones públicas o administrativas, materializar los derechos que el Estado le confiere a los habitantes del territorio, desarrollar la ejecución de proyectos o políticas públicas y otros propósitos que estén relacionados con los anteriores fines. Tales finalidades tienen su fuente en la Constitución, la ley, el reglamento, actos administrativos e incluso en otros acuerdos de voluntades. Pero, el régimen de derecho privado para ejecutar los recursos públicos no exime del control fiscal por parte de las contralorías.

En el ordenamiento jurídico colombiano esta posición de un criterio material y objetivo la adoptan dos leyes: La Ley 1150 de 2007, ya que hay disposiciones que claramente resultan aplicables a toda la actividad contractual, no sólo a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. En términos generales, de la lectura del encabezado de la Ley 1150 de 2007, así como del artículo 10.¹⁰ de la misma, se encuentra que la finalidad de dicha disposición legal, es la de regular toda contratación que se realice con “recursos públicos”, sin importar el régimen contractual de la entidad estatal. Ese propósito se concreta en el título segundo de esa Ley, que en los artículos 12 a 16 incorpora las disposiciones aplicables a toda la contratación con recursos públicos. De esta forma, el artículo 1º es concordante con el artículo 13 de la misma Ley 1150, al señalar que “todas” las entidades, que por disposición

¹⁰ Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales a toda contratación con recursos públicos.

legal cuenten con un régimen contractual excepcional al de la Ley 80 de 1993, aplicarán los principios de la función administrativa y de gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas por las leyes para la contratación estatal¹¹. Otra norma de esta especie de disposiciones con un carácter aún más general es la Ley 598 de 2000, sobre el control de precios de referencia a toda la contratación pública con recursos públicos por parte del Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal - SICE, el cual es un sistema de información aplicable a toda organización pública o privada que contrate con recursos públicos incluidos los sujetos que tienen regímenes de derecho privado.

Esta tesis de la contratación pública objetiva con un enfoque de la materialidad de los recursos también tiene como pilar las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-384 de 2003 cuando se refiere al alcance del control fiscal en la contratación pública mediante el SICE Ley 598 de 2000 y que extiende la obligatoriedad de este sistema a todos los ámbitos de la contratación¹². Para la Corte también la Ley 1150 de 2007 tiene un alcance amplio en la medida que, por un lado, no sólo aplica para entidades sometidas a Ley 80 de 1993, sino que impacta a aquellas que tengan un régimen excepcional y por otro lado, en la medida que entidades o personas naturales contraten con recursos públicos, como se explica más adelante. La posición expuesta está determinada por un criterio material objetivo, como es el que cualquier persona, sin importar su naturaleza, que maneje o administre recursos del Estado y que celebre un contrato, está desarrollando un acto de contratación estatal, referido directa o indirectamente a una actividad estatal de disposición del patrimonio público. Esa decisión de desarrollar el acto contractual está motivada en la necesidad, la intención, la obligación, o el deber funcional que tiene esa persona de cumplir con una finalidad, cuando se le encomendó la gestión fiscal¹³ de los recursos estatales.

11 Artículo 13 Ley 1150 de 2007: *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

12 GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control Fiscal y Seguridad Jurídica. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006

13 El concepto de gestión fiscal está determinado en la Constitución Política en el artículo 267 en cabeza de las entidades públicas o los particulares que manejan o administran recursos públicos. Este concepto lo desarrolla el artículo 3º de la Ley 610 de 2000.

En síntesis, el rasgo principal de la contratación pública en Colombia es una clara existencia de tres grandes ámbitos siempre sometidos a principios y al control fiscal: Uno, el de las entidades públicas y sus contratistas que celebran contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública compuesto por dos leyes principales, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, para el cual obligan los principios de estas leyes, de la función administrativa y por disposición del artículo 65 de la Ley 80, sujetos de control fiscal. Dos, el especial de varias entidades estatales con normas excepcionales y/o de derecho privado; que también se someten a los principios de la función administrativa, siempre se someten a los principios de la gestión y control fiscal, así como, a las inhabilidades e incompatibilidades. Tres, organizaciones privadas, que contratan con recursos públicos, incluidas aquellas que tienen participación mayoritaria de capital privado, sujetos del control fiscal como se analiza en la parte final de este estudio. Así, las prescripciones normativas analizadas de la Ley 1150 de 2007 expuestas, constituyen un avance muy importante en aplicación de postulados de transparencia y control en la contratación; pero a la vez son un retroceso en seguridad jurídica y prevalencia del interés público en algunos asuntos que se analizarán a continuación.

2. EL MARCO DE REGLAS, SU INSEGURIDAD JURÍDICA E IMPACTO

2.1. EL MARCO DE LA REFORMA A LA CONTRATACIÓN EN 2007

Luego de cinco años de espera y grandes expectativas en una gran reforma al régimen de contratación de la administración pública, el 16 de julio de 2007 fue expedida la Ley 1150, que introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dicta otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, cuyo alcance ya se explicó. El proceso de expedición de la ley no fue nada fácil, en varias oportunidades los diversos intereses económicos que rondan la contratación lo frenaron en el Congreso de la República.

Durante los tres primeros años de ese lustro la reforma avanzó con una mínima velocidad en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, inicialmente tuvo un coordinador de ponentes mañoso que la demoró. Por esa razón, el gobierno nacional tuvo que retirar la iniciativa en varias oportunidades. A partir del 20 de julio de 2005, el gobierno decidió cambiar la estrategia iniciando su trámite en el Senado y no en la Cámara. Así las cosas, líderes de tres bancadas como Andrés González, Antonio Navarro y Germán Vargas, le dieron altura al debate de la plenaria al anteponer los intereses superiores a los económicos de algunos particulares y gremios. Algo similar intentó Germán Varón, sin embargo, al finalizar su trámite de nuevo en la Cámara, en la plenaria hubo una feria de privilegios para algunos sectores, como las prórrogas a las concesiones y el régimen privado para las sociedades de economía mixta y para las empresas estatales en general.

Las nuevas reglas de contratación pública colombiana son muy flexibles y le dan a la legislación en esta materia un carácter de marco; con este rasgo se abrió un amplio margen de regulación en los asuntos contractuales por la vía de los decretos. El Procurador General de la Nación así lo advirtió en 2007, en la Revista *Ámbito Jurídico* que la nueva ley tenía múltiples aspectos sometidos a reglamentación; de 32 normas, 23 asuntos de importancia están sujetos al poder reglamentario y discrecional del gobierno. Precisamente esa facultad se desbordó a tal punto que hoy el Consejo de Estado ha suspendido 24 disposiciones y el número de nulidades alcanza las 15, fenómeno que se analiza más adelante.

En uso del poder referido se expidió el Decreto 066 de 16 de enero de 2008, que reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007; con lo cual la misión para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal, dio otro paso en las tareas que inició 6 años antes y que valga decir, han sido difíciles y bastante criticadas. Posteriormente, el Decreto 066 fue derogado por el Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, con excepción de un artículo. En términos generales, se puede sostener que en Colombia las reglas contractuales, desde el Decreto Ley 150 de 1976, son un juego con miles de fichas cada día más grande y hoy gigante.

Desde el mes de enero de 2008 cuando conocí ese primer decreto reglamentario de la Ley 1150 de 2007, señalé que en Colombia los procesos de contratación pública, seguirían siendo complejos, un ejercicio de difícil solución, un rompecabezas con miles de reglas, que implican un alto riesgo de equivocación con sus consecuencias fiscales, disciplinarias, penales y patrimoniales; un mundo que no contribuye a la seguridad jurídica en la contratación; un enjambre de normas, que sólo sabemos aplicar los expertos y que detentamos un monopolio profesional inconveniente, lo cual poco contribuye a un derecho igualitario y democrático.

Para contrarrestar estos fenómenos, varios especialistas nos propusimos recopilar y organizar todo el acervo normativo en materia de contratación pública, con el fin de contribuir a la generación de un ambiente de Seguridad Jurídica. Es así como se originó la iniciativa de publicar el libro “CONTRATACIÓN SEGURA”, para llegar a construir un Estatuto Virtual de la Contratación Pública Colombiana. Con este estudio normativo compilatorio pretendemos ayudar a la pedagogía y a la comprensión de complejas temáticas importantes en las gestiones de Estado, fiscales y de gobierno, y la democratización del derecho, en aras de fortalecer la gerencia y la ética pública. A la vez, es prioritaria la formación en contratación de centenares de operadores jurídicos sin conocimiento, pericia, ni el nivel que demanda un asunto tan delicado.

2.2. EL IMPACTO JURÍDICO DE LAS NUEVAS REGLAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

En el nuevo panorama de la contratación estatal con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, se presentan los siguientes impactos jurídicos:

2.2.1. Normas que inciden directamente en la Ley 80 de 1993, en forma expresa o tácita

Hay unas normas de la Ley 1150 de 2007 que inciden en forma directa y expresa en la Ley 80 de 1993 porque la derogan o porque la modifican. A continuación se transcriben 16 derogatorias:

- El párrafo del artículo 2º sobre el régimen jurídico de las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales.
- La expresión *“además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”* del inciso 2º del artículo 3º.
- El inciso 4º del artículo 13 relacionado con el régimen jurídico de los organismos de cooperación internacional, que se reemplaza por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.
- El artículo 22 respecto al registro de proponentes. Lo reemplaza el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007.
- El numeral 1º y párrafo 1º del artículo 24 respecto a las anteriores causales de contratación directa.
- El inciso 2º del numeral 15, el numeral 19 y la expresión *“la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes”* del inciso 2º numeral 12 del artículo 25.
- El artículo 29 respecto al principio de selección objetiva. Se reemplaza por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
- El numeral 11 y la expresión *“Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”* del párrafo del artículo 30.
- El artículo 36 relativo a la duración y prórroga de la concesión.
- El párrafo del artículo 39 respecto al contrato sin formalidades plenas.
- El aparte *“de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”* del inciso 1º del artículo 60. Lo reemplaza el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.
- El artículo 61 relativo a la liquidación unilateral.
- Las expresiones *“concurso”* y *“términos de referencia”* incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993.
- De otro lado son derogadas las siguientes disposiciones especiales: El párrafo 2o del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 Ley 161 de 1994.

- La expresión “*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*” del inciso 2º del artículo 3º.
- Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007.
- La Ley 1369 del 30 de diciembre de 2009, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones, agrega una nueva derogatoria a las efectuadas por la Ley 1150 de 2007, al derogar el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 relacionado con el régimen de concesiones y licencias de los servicios postales.
- Otras disposiciones que deroga o modifica la Ley 1150 de 2007 inciden directamente en la Ley 80 de 1993 pero no se aprecia una derogatoria tácita o una subrogatoria. Muchas veces es a los intérpretes a quienes nos corresponde realizar el ejercicio intelectual de señalar esos efectos. Véase un ejemplo, al derogarse en el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 la expresión “*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*”, se tiene un efecto directo en el derecho al restablecimiento del equilibrio económico previsto en los artículos 5º y 27 de la misma ley.

2.2.2. La vigencia de la Ley 1150 de 2007 y el estado de los decretos

Respecto a los efectos de la Ley 1150 de 2007 para los contratos cuya ejecución se prolongue en el tiempo, el artículo 31 establece el régimen de transición de los procesos contractuales; señala que los contratos en ejecución seguirán sometidos a las normas que estaban vigentes, al momento de la iniciación de tales procedimientos contractuales. Norma que reitera las disposiciones del Código Civil y las Leyes 57 y 153 de 1887 en esta materia. Con lo anterior se da plena aplicación al principio de seguridad jurídica. De otra parte, prohíbe prorrogar o adicionar los contratos vigentes en materia de cooperación que se hubieren celebrado al amparo de la Ley 80 de 1993.

En materia de derogatorias, para todos es conocido que una norma puede ser derogada de manera total o parcial y, en forma expresa o tácita. Es preciso entrar a ejemplificar algunas de esas situaciones:

A. Derogatoria total de Decretos

El Decreto 2474 de 2008 dejó vigente el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, en el cual señaló de manera expresa los 15 Decretos Reglamentarios que quedaron derogados totalmente a partir de la entrada en vigencia del mismo:

Decreto 855 de 1994	Decreto 1898 de 1994
Decreto 329 de 1995	Decreto 1275 de 1995
Decreto 2964 de 1997	Decreto 1436 de 1998
Decreto 2334 de 1999	Decreto 3740 de 2004
Decreto 2503 de 2005	Decreto 219 de 2006
Decreto 959 de 2006	Decreto 2434 de 2006
Decreto 4117 de 2006	Decreto 4375 de 2006
Decreto 499 de 2007	

Ahora bien, de forma posterior al Decreto 066 de 2008 se han derogado expresamente algunas disposiciones como se observa a continuación:

Decreto 4695 de 2005 (derogado por el Decreto 4637 de 2008)

Decreto 280 de 2002 y Decreto 2790 de 2002 (derogado por Decreto 4828 de 2008)

Ley 29 de 1990: artículo 8, y el Decreto 585 de 1991 (derogados por la Ley 1286 de 2009)

Ley 74 de 1966, Ley 51 de 1984, Ley 72 de 1989, Decreto-ley 1900 de 1990, Ley 1065 de 2006, Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, Ley 422 de 1998, Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la Ley 1341 de 2009 (derogados por la Ley 1341 de 2009).

Decreto 4881 de 2008, y los Decretos 836, 1520, 2247 y 3083 de 2009 (derogados por el Decreto 1464 de 2010)

B. Derogatorias parciales.

Se habla de derogatorias parciales, en primer lugar porque el Decreto 2474 de 2008 dejó vigente el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, a su vez, ambos dejaron vigentes alguna o algunas disposiciones aplicables a la contratación estatal:

- Decreto 679 de 1994, derogado los artículos 10, 16, 17, 18, 19 y 25
- Decreto 287 de 1996, derogado salvo los artículos 3º y 4º
- Decreto 2170 de 2002, derogado salvo los artículos 6, 9¹⁴ y 24
- Decreto 450 de 1996, derogado el artículo 2º (derogado por el Decreto 851 de 2009)

14 Este artículo 9º fue declarado nulo por el Consejo de Estado en fallo del 3 de diciembre de 2007 con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio.

Adicionalmente hay más de cuarenta y cinco decretos vigentes no nombrados en la norma de derogatoria, que se organizaron y concordaron en la investigación académica que ya mencioné y en el cuadro sinóptico que se anexa.

C. Pérdida de Fuerza Ejecutoria o Decaimiento total de Decretos

El decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo, como un decreto reglamentario, es una situación distinta a la derogatoria, que se produce cuando las disposiciones legales que le sirven de sustento, desaparecen del ordenamiento jurídico. Este fenómeno se ha explicado en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ y la doctrina¹⁶ dada la omisión de expedir un decreto reglamentario único.

Así por ejemplo, para Decretos como el 280 de 2002, que en su epígrafe señala la reglamentación del artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993 es indiscutible su total decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria, por cuanto éste último numeral fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. No hay discusión alguna sobre su inaplicabilidad. Igual caso sucede con Decretos como el 1896 y 2166 de 2004, que reglamentan el inciso 4º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 derogado por los artículos 32 y 33 de la Ley 1150 de 2007.

D. Impacto o efectos en disposiciones de decretos reglamentarios, sin que se produzca su decaimiento

Cosa distinta sucede con un Decreto como el 660 de 2007, el cual reglamenta parcialmente la Ley 1089 de 2006, sobre la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional. Como vemos, el fundamento normativo de este decreto no es la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 sino otra ley. Sin embargo, como la nueva ley de contratación regula el tema de defensa y seguridad nacional y le introduce nuevos conceptos a esa materia entre otras cosas significativas, y que serán enunciados más adelante, la Ley 1150 de 2007 y su reglamento pueden llegar a tener un efecto directo de derogatoria tácita, más no de decaimiento del acto administrativo. Se presentan situaciones con otras disposiciones vigentes,

15 Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección 1ª Sentencia de 1º de agosto de 1991, Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez. El legislador colombiano (arts. 66.2 e inciso final del 175 CCA) ha establecido, que el acto administrativo – sin hacer distinción entre el general y el particular – pierde fuerza ejecutoria cuando desaparecen sus fundamentos de derecho. Igualmente la sentencia de 23 de febrero de 1990 de la sección 3ª Consejero Ponente: Gustavo De Greif Restrepo.

16 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo T II. Universidad Externado de Colombia, 4ª edición. 2003. Págs. 340 y 341 trae a colación el artículo 66 del CCA, en cuanto a la pérdida de fuerza ejecutoria, por la desaparición de los fundamentos jurídicos del acto y cita doctrina extranjera similar a la nuestra.

como el Decreto 3512 de 2003 reglamentario de la Ley 598 de 2000 que creó al SICE, el cual no se vería afectado por la Ley 1150 de 2007, ni sus reglamentos tendrían que afectar dicha ley.

Por todo lo anterior reitero que es lamentable haber dejado pasar la oportunidad de que los Decretos 066 y 2474 de 2008, derogaran todos los decretos reglamentarios y condensar la totalidad de los asuntos útiles y convenientes, anteriores a la Ley 1150 de 2007, para que se hubiese expedido un sólo decreto compilador. De ahí la importancia del proyecto CONTRATACIÓN SEGURA para un sistema de consulta por medios electrónicos.

E. Suspensiones provisionales y nulidades del Decreto 2474 de 2008

El H. Consejo de Estado ha admitido siete demandas de nulidad instauradas en contra de algunas disposiciones del Decreto 2474 de 2008 y en contra de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2009 y otros decretos. Es lamentable que después de tantas expectativas en la reforma, la falta de técnica normativa haya llevado a un hecho sin precedentes en la historia, configurándose la nulidad de 3 artículos totales y 11 parciales del Decreto 2474 de 2008, así como la suspensión provisional de 6 artículos del Decreto 2474 de 2008, la nulidad de un artículo del Decreto 2025 de 2009 y la suspensión provisional de dos artículos del Decreto 3576 de 2009, como se detalla a continuación:

Normas declaradas nulas: Decreto 2474 de 2008.

1. Artículos 10 (parcial), 11 (parcial), 22 (parcial), párrafo 1º del artículo 44, 46 (total), 47 (parcial), 52 (parcial), 54 (parcial), 65 (parcial), 68 (total), 73 (parcial), 75 (parcial), 87 y 89 (parcial) ¹⁷.
2. Artículo 3 (total) del Decreto 2025 de 2009.

Normas suspendidas provisionalmente:

1. Artículos 7 (parcial) y 88 (parcial) del Decreto 2474 de 2008¹⁸.
2. Artículos 12 (parcial) y 14 (parcial) del Decreto 2474 de 2008¹⁹.
3. Párrafo 2º del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008²⁰

¹⁷ Sentencia de nulidad Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de abril de 2010, Radicado 36.054B, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁸ Auto del 1º de abril de 2009, Radicado 36476, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa, confirmado por proveído del 27 de mayo de 2009, se decretó la suspensión provisional del Decreto 2474 de 2008, en 5 disposiciones. Providencia ya en firme.

¹⁹ Auto del 27 de mayo de 2009. Radicado 36.601, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, providencia ya en firme.

²⁰ Auto del 6 de agosto de 2009, radicado 37.044, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, providencia ya en firme.

4. Parágrafos 2º y 3º del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008²¹.
5. Parágrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009²².
6. Los artículos 1º y 2º del Decreto 3576 de 2009 (El respectivo auto al momento de imprimir esta obra no está en firme).

2.3 NORMAS VIGENTES

En desarrollo del trabajo “CONTRATACION SEGURA” se tiene que las piezas del rompecabezas referido y el escenario de la inseguridad jurídica está sustentado en los siguientes ítems: Son cerca de 3.590 reglas originadas en las siguientes fuentes materiales: Las 2 leyes, 80 de 1993 y 1150 de 2007 con 114 artículos. Todos los reglamentarios que el 066 y el 2474 de 2008 dejaron vigentes, más de 45 decretos que superan 400 artículos. Las 48 jurisprudencias de constitucionalidad que profirió la Corte con ocasión de la Ley 80 de 1993, a las que se suman las 8 sentencias que se han proferido²³ para resolver las demandas contra disposiciones de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, un amplio número de sentencias de nulidad del Consejo de Estado desde 1993 y las recientes suspensiones provisionales que inciden en veinte artículos. Son 81 decretos reglamentarios vigentes y 57 normas legales.

Así, existe un total de 138 fuentes normativas vigentes que provienen de leyes y decretos, a su vez el catálogo de las fuentes históricas derogadas es de 109. En el universo de fuentes legales y reglamentarias cada inciso, numeral y parágrafo vigente, contienen como mínimo un supuesto normativo, -hecho y consecuencia jurídica-, que yo denomino regla. En el acumulado de normas aplicables, cerca de 1350 artículos, se alcanza un número que supera las 3.590 reglas ya mencionadas. Por eso, ante este hecho tan difícil y complejo, me atrevo a llamar la contratación colombiana como, rompecabezas.

21 Auto del 21 de octubre de 2009, radicado 36.805, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa, providencia aún no en firme.

22 Auto del 25 de noviembre de 2009, radicado 37.083, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, providencia aún no en firme.

23 Sentencia C – 259 de 11 de marzo de 2008 artículos 3 exequible, 6 exequible, 21 exequibilidad condicionada, artículos 16 inhibida y 30 inexecutable.

Sentencia C – 380 de 22 de abril de 2008, artículo 9º exequible.

Sentencia C – 862 de 2008 parágrafo 3º artículo 12 inexecutable.

Sentencia C – 693 de 9 de julio de 2008 inciso 2º del artículo 21 exequible.

Sentencia C – 736 de 2008 artículo 29 exequible.

Sentencia C – 942 de 2008 parágrafo 2º artículo 5º exequible.

Sentencia C – 353 de 20 de mayo de 2009, artículo 18 exequible.

Sentencia C – 713 de 2009, inciso 2 numeral 1º del artículo 2º y numeral 1º del artículo 5, exequibles.

Armaz este gran rompecabezas constituye un alto riesgo para los ordenadores de gasto, funcionarios, asesores y contratistas. Si la actividad de creación de normas no es técnica y sistemática, ni ofrece oportunidades de participación ciudadana, el Estado carece de Seguridad Jurídica²⁴, es decir, el derecho pierde certeza, efectividad y validez. Igualmente, la dispersión y proliferación normativa son un alto riesgo, que facilita la corrupción e incrementa las fallas del Estado y las condenas en su contra. De ahí nuestra preocupación constante de contribuir al mejoramiento de la gestión contractual analizando y divulgando a la sociedad el marco jurídico vigente.

Estas fuentes vigentes están constituidas por los estatutos generales de contratación, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, un total de 80 Decretos (discriminando en decretos reglamentarios, si la fuente normativa tiene origen en las facultades concedidas al gobierno por el artículo 189 de la Carta Política; decretos con fuerza de ley, si su fundamento es el artículo 150 de la Constitución Nacional, o decretos legislativos, si la facultad se origina en lo dispuesto en los artículos 212 a 215 constitucionales, relacionados con los estados de excepción). Son 57 las disposiciones del nivel legal relacionadas en forma directa o indirecta con estas leyes principales (dentro de las cuales se incluyen regímenes especiales en materias como Recursos Naturales Renovables; Ciencia y Tecnología; Convenios derivados del artículo 355 de la Constitución Política; Servicio Público de Educación Superior; Banco de la República; Servicios Públicos Domiciliarios; Régimen de Privatizaciones; Código de Minas y Gastos Reservados, entre otros). En una actualización normativa que se entrega al final de este manual, con sus respectivas vigencias y temática central.

Hay varios hallazgos jurídicos en esta última actualización normativa, quizá el más relevante está referido a la Ley 1121 de 2006, que en su artículo 27 impone a las entidades estatales la obligación de verificar el origen de los recursos y la plena identificación de las personas que se contratan. Obligación planteada en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 27. El Estado colombiano y las Entidades Territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de sus recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas.”

24 KAUFMAN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1999. La Seguridad Jurídica del derecho mismo es “la garantía de su posibilidad de conocimiento, de su operatividad, de su aplicabilidad. Hay seguridad por medio del derecho, ricamente, cuando el derecho mismo ofrece certeza”.

3. LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

Con la Ley 80 de 1993 se presentaban dos modalidades de selección: i) Licitación pública y concurso de méritos y ii) Eventos de contratación directa. Los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993, a su vez, establecían distintas situaciones para los eventos de contratación directa, lo cual, nos llevaba a sostener que en ésta había una modalidad llamada de contratación directa – directa, para aquellos casos de cuantía que representara el 10% o menos de la menor cuantía.

También vale la pena mencionar que el concurso de méritos según la Ley 80 de 1993, venía a ser un procedimiento idéntico al de la licitación pública, y que se adelantaba cuando el objeto del contrato consistía en estudios y trabajos técnicos, intelectuales o especializados de consultoría. De ahí que fueran asimilables en la Ley 80 de 1993 los procesos de licitación pública y los de concurso de méritos.

La nueva categorización de procedimientos que establece la Ley 1150 de 2007 y que desarrolla actualmente el Decreto 2474 de 2008, es una modificación relevante y quizás de las más importantes desde el punto de vista del cambio legislativo. Veamos las nuevas vías de selección contractual:

- a. Se mantiene la licitación pública como la regla general.
- b. Al concurso de méritos se le da autonomía e identidad como procedimiento especial, distinto al de la licitación.
- c. Se crea por la nueva ley una modalidad de selección, la abreviada, así mismo, se definen 9 causales para este evento.
- d. Se mantiene la contratación directa, pero las causales se restringen dado que se pasa de 13 a 9. El numeral 1º del artículo 24 Ley 80 de 1993, que iba desde la letra a) hasta la m), se deroga expresamente.
- e. Como ya se anotó, se le da identidad legal a la contratación de entidades estatales con régimen de derecho privado o excepcional, señalando expresamente en la nueva ley, que

deben cumplir los principios constitucionales previstos en los artículos 209 y 267, así mismo, se someten al régimen de incompatibilidades e inhabilidades de la Ley 80 de 1993, artículo 13 de la nueva ley, que ya se analizó en el primer acápite de este estudio.

A continuación realizo algunos comentarios a esas modalidades de selección:

3.1. LICITACIÓN PÚBLICA

Como se anotó, se mantiene la licitación pública como la regla general y es el proceso de selección por excelencia al cual siempre se puede acudir por darle garantías a una decisión determinada de selección. Pero paradójicamente, se introducen tres nuevos trámites para la selección del contratista que son autónomos y, si se quiere, excluyentes de la licitación con 20 excepciones a ésta. No es tan cierto entonces sostener hoy que la licitación es la regla general para la selección de contratistas, esta es una falsa premisa de nuestra legislación contractual, ante la generalización de otros procesos.

En relación con la licitación pública, como se analizó, el concepto general de la licitación y la estructura general del proceso licitatorio previsto en el artículo 30 no sufren transformación. La Ley 1150 de 2007 no modifica la definición de licitación pública que trae el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual al tenor señala: *“Es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”*.

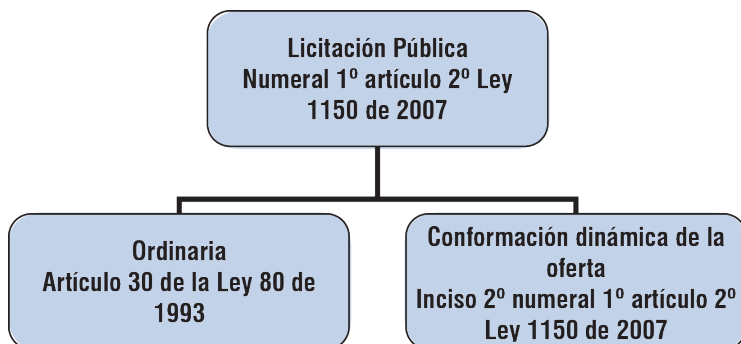
La mayor novedad que hace la Ley 1150 en materia de la licitación es la relativa a la conformación dinámica de la oferta. Según el inciso segundo del numeral 1º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en una licitación pública la oferta podrá ser presentada total o parcialmente, de manera dinámica mediante subasta inversa en las condiciones que fije el reglamento. A su vez, el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 14 reguló la presentación de la oferta de manera dinámica; no obstante, el H. Consejo de Estado suspendió de manera provisional los incisos 1º, 2º, 3º y final de esta disposición²⁵, al considerar que aunque en principio esta norma regula aspectos relacionados con el procedimiento de presentación de la oferta mediante el sistema de subasta inversa a través de un método dinámico, terminó estableciendo un método de evaluación de ofertas no previsto en la ley. Frente a esta situación cabe comentar que una contribución positiva para la economía de los presupuestos públicos y la contratación en condiciones de mejor calidad es esta figura de la conformación dinámica de la oferta en una licitación; pero la falta de técnica normativa en el reglamento trae como

25 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 27 de mayo de 2009. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicado No. 36.601.

consecuencia la suspensión parcial respecto de los criterios de selección en esta especie de licitación pública, en consecuencia es viable su aplicación pero será cada entidad quien para cada proceso asigne los criterios de selección objetiva que estime los más convenientes.

Sobre los cambios a la licitación pública Gonzalo Suárez Beltrán, asesor del Gobierno y coordinador de la misión de la reforma señala: *“La licitación pública continuará siendo el método general de selección. Sin embargo, por la introducción de la causal de selección abreviada atinente a la contratación de bienes de características técnicas uniformes y común utilización, así como el establecimiento del concurso de méritos como modalidad de selección autónoma, la licitación pública, en la práctica, se reserva para objetos de carácter complejo y mayor valor”*²⁶.

En esta materia si bien se mantiene la estructura básica del proceso hay asuntos de la Ley 80 de 1993 modificados sustancialmente por la Ley 1150 de 2007 como son: Los criterios de selección, fueron derogados (artículo 5º); la convalidación o aclaración de la oferta en aspectos no sustanciales, fue precisada; la audiencia pública de adjudicación, ahora es



obligatoria; la publicidad de todo el proceso por medios electrónicos (artículo 5º), es hoy regla general; subsanar o revocar parcialmente el proceso (parágrafo 1º artículo 5º), también es ahora posible; la audiencia de adjudicación es obligatoria y la revocatoria del acto administrativo de adjudicación

(artículo 9), es factible en casos excepcionales; se introduce la gratuidad de los pliegos (parágrafo 3º artículo 2º); se precisan las responsabilidades de los comités y asesores del proceso licitatorio en el Decreto 2474 de 2008 norma reglamentaria (parágrafo 2º artículo 12), entre otros cambios.

Los aspectos reglamentarios del procedimiento de la licitación pública se encuentran ubicados principalmente en las reglas generales del Decreto 2474 de 2008 que le introducen mayor precisión, desde el principio de planeación que se robustece en el artículo 3º, hasta la definición precisa de un incidente para valorar si en la licitación se presenta el fenómeno de una oferta con valor artificialmente bajo, para descalificarla, este asunto en el artículo 13 del mencionado decreto con el cual concluye las disposiciones generales referidas.

26 SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007*. Editorial Legis. 2007..

3.2. LA SELECCIÓN ABREVIADA

3.2.1. Causales.

El numeral 2º, artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 determina como causales de Selección Abreviada, las siguientes:

a. “La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos”.

Esta causal es nueva y está directamente relacionada con la subasta inversa, la cual se presenta como un asunto novedoso a comentar. Ésta en términos generales, es entendida como un proceso dinámico de negociación de precios “on line” entre proveedores preseleccionados para conseguir una parte del negocio. No obstante, el reglamento la permite presencial. Es una manifestación del B2B (*Business to Business*), se trata de un nuevo sistema de negociación en el que, en cierto modo, desaparece la relación personal con el cliente para convertirla en una negociación a través de internet. La subasta electrónica también se conoce como negociación electrónica, bajasta, subasta inversa o puja por Internet, porque en contra del sistema tradicional, gana el lote que oferte el menor precio. Las subastas electrónicas en el mundo han tenido un crecimiento del 75% desde el año 2000 habiéndose implantado en numerosos sectores productivos: automoción, energía, aeroespacial, contratación pública, entre otros²⁷. Sus beneficios económicos son inmensos en los contratos de la Procuraduría General de la Nación, como Secretario General obtuve economía de US\$1.000.000, pero también era conciente que tenía algunos riesgos que se mitigaron con procedimientos cuidadosos, como baja calidad e incentiva de prácticas monopolísticas, o riesgos de lavado de activos.

El artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, estableció el procedimiento aplicable al señalar que sin importar la cuantía del contrato a realizar, si el bien o servicio requerido por la entidad es de características técnicas uniformes y de común utilización deberá hacerse

²⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta_electronica

uso de procedimientos de subasta inversa (electrónica o presencial), compra por acuerdo marco de precios o adquisición a través de bolsas de productos. Cuando el valor del respectivo contrato no exceda el diez por ciento de la menor cuantía, el procedimiento de selección será igualmente el de subasta inversa, pero se aplicarán las reglas especiales previstas en el artículo 1º del Decreto 3576 de 2009, hoy amparado por una suspensión provisional aún no en firme.

El Decreto 2474 de 2008 en sus artículos 16 y 17 define a los bienes y servicios de características técnicas uniformes como aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por diseño o características descriptivas debe entenderse el conjunto de notas distintivas que simplemente determinan la apariencia del bien o que resultan accidentales a la prestación del servicio, pero que no inciden en la capacidad del bien o servicio para satisfacer las necesidades de la entidad adquirente, en la medida en que no alteran sus ventajas funcionales. Esta definición es muy general y, por tanto, la obligación de aplicar este mecanismo previsto en el artículo 17 se hace relativa por la ambigüedad de la definición y depende de la capacidad técnica de una entidad para llegar a parametrizar la contratación de un bien en la respectiva ficha técnica. Dentro de esta categoría no es posible estructurar ni obras públicas, ni servicios intelectuales²⁸.

Bienes y servicios de común utilización, adquiere identidad como concepto en el artículo 16 inciso 2º del Decreto 2474 de 2008. Se entienden aquellos bienes y servicios que, además de gozar de características técnicas uniformes, son requeridos por las entidades y ofrecidos en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades²⁹. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación no pueden hacer uso de los acuerdos marco de precios para la adquisición de este tipo de bienes y servicios, hasta que no se asignen las responsabilidades a que se refiere el inciso 4º del parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007³⁰ y se expida la reglamentación correspondiente.

28 Decreto Número 2474 de 2008. Artículo 16. Publicado en el Diario Oficial No 47.043 de 7 de julio de 2008

29 *Ibid.*

30 El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

A partir del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008 se regulan los procedimientos de subasta inversa, se define en el 18 y, en el 20 se regula un aspecto esencial, el contenido de la ficha técnica. Se aplica el criterio de condiciones habilitantes y luego se regula la audiencia pública o el evento de subasta, que como ya se explicó puede ser presencial o electrónica. Para este último caso hoy operan firmas muy serias que prestan el servicio de subasta certificada electrónicamente, con el caso de CERTICÁMARA, TODOUNO, etc. Sin embargo, este procedimiento es riesgoso cuando no se tiene certeza de pluralidad de oferentes en el mercado, ya que el artículo 22 dispone que luego de la oportunidad de habilitar los proponentes, la entidad realizará la adjudicación al único proponente habilitado. Como lo señalé al comienzo del escrito, se obtienen grandes economías con este proceso, pero también altos riesgos de compras de baja calidad, de lavado de activos, o prácticas monopolísticas. Asunto que explico en detalle en mis conferencias sobre contratación y gobierno en línea.

b. “La contratación de menor cuantía”

Esta causal de selección abreviada, se establece teniendo en cuenta como factor el presupuesto anual de la entidad, el cual está determinado en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Este es el esquema de la menor cuantía para la vigencia 2010:

Al compararlo con el régimen actual en las cuantías, se aprecia que varias entidades presentarían únicamente pequeñas variaciones en la cuantía límite para la licitación pública, especialmente para los rangos más altos. Para las entidades con presupuestos bajos, sí hay un aumento considerable del monto para llegar a la licitación. De conformidad con el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 679 de 1994, que está vigente, en caso de presentarse alguna adición o reducción al presupuesto inicial, durante

Presupuesto Anual de la Entidad	Valor	Menor Cuantía
Superior o igual a 1.200.000 SMLM	Superior o igual a \$642.720.000.000	Hasta 1.000 SMLM
Superior o igual a 850.000 SMLM e inferior a 1.200.000 SMLM	Entre \$455.260.000.000 y \$642.720.000.000	Hasta 850 SMLM
Superior o igual a 400.000 SMLM e inferior a 850.000 SMLM	Entre \$214.240.000.000 y \$455.260.000.000	Hasta 650 SMLM
Superior o igual a 120.000 SMLM e inferior a 400.000 SMLM	Entre \$64.272.000.000 y \$214.240.000.000	Hasta 450 SMLM
Inferior a 120.000 SMLM	Inferior a \$64.272.000.000	Hasta 280 SMLM

la ejecución del mismo, para determinar la capacidad contractual de la entidad se tomará en cuenta el valor del presupuesto modificado.

En el Decreto 2474 de 2008 en la parte general, artículo 1º al 13, hay diversas normas aplicables a esta causal que quizá es la más común. Un aspecto importante es que el artículo 9º tiene previsto un plazo mínimo de publicidad al proyecto de pliegos de cinco días. El artículo 9 del Decreto 2025 de 2009³¹, estableció el procedimiento aplicable a la menor cuantía, de la siguiente manera:

1. La convocatoria y la publicación del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo se surtirá de conformidad con las reglas generales previstas en el Título I, artículos 1 a 13 del Decreto 2474 de 2008.
2. El pliego de condiciones señalará el término para presentar propuestas, de acuerdo con la naturaleza y el objeto a contratar.
3. Dentro de los tres días hábiles siguientes al acto de apertura del proceso, los posibles oferentes interesados en participar manifestarán su interés, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes. La manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar directamente a cada interesado sobre la fecha y hora de la audiencia pública de sorteo, en caso que la misma tenga lugar. La manifestación de interés en participar es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta. En caso de no presentarse manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará desierto el proceso.
4. En caso que el número de posibles oferentes sea superior a diez, la entidad podrá dar paso al sorteo de consolidación de oferentes de que trata el artículo 45 del Decreto 2474 de 2008, para escoger entre ellos un número no inferior a éste que podrá presentar oferta en el proceso de selección. Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez, la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos. En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.
5. Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad procederá a su evaluación en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones. El término de evaluación de

31 Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

las propuestas no podrá ser mayor que el plazo señalado para la presentación de las mismas, salvo que mediante acto administrativo motivado, la entidad lo extienda hasta por un término igual al inicialmente previsto.

6. El resultado de la evaluación se publicará en el SECOP durante tres días hábiles, término durante el cual los oferentes podrán presentar observaciones a la misma, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.
7. Vencido el término anterior, la entidad, dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones para el efecto adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008. Mediante acto administrativo motivado la entidad podrá extender por una sola vez el plazo previsto hasta por un término equivalente a la mitad del inicialmente establecido. El acto de adjudicación se deberá publicar en el Secop con el fin de enterar de su contenido a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección. Hará parte de su contenido la respuesta que la entidad dé a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación.

b1 Contratación por valor que no excede el 10% de la menor cuantía

El procedimiento aplicable a los contratos cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad fue establecido por los artículos 1º y 2º del Decreto 3576 de 2009, este último el cual modificó el párrafo 1º del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009. El pasado 18 de marzo de 2010, la Sección Tercera del Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º del citado Decreto 3576 de 2009^{32,32}, providencia aún no en firme, la razón, el legislador no previó este procedimiento, mal puede crearse por decreto reglamentario.

Las reglas previstas en el artículo 2º del Decreto 3576 de 2009 para la celebración de contratos cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía, diferentes a los contratos para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, son las siguientes:

- a. Con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, se deberá adelantar el procedimiento mediante una invitación pública formulada a través de la página Web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de su sede de fácil acceso al público, una vez hecha la justificación previa a que se refiere el párrafo 1o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

32 Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 37785 del 18 de marzo de 2010.

- b. La entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de las ofertas presentadas, la entidad dará traslado de las mismas por un día en la secretaría de la dependencia que tramita el proceso. Si sólo se presenta una oferta, esta se aceptará siempre que satisfaga las necesidades de la entidad y provenga de un oferente habilitado.
- c. Los requisitos mínimos habilitantes serán verificados únicamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje en la evaluación. En caso que este no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, se podrá contratar con el oferente que se ubique en el segundo lugar en la evaluación realizada, previa verificación de sus calidades habilitantes. En caso de que este tampoco cumpla se repetirá el proceso de selección.
- d. No se exigirá a los oferentes estar inscritos en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la oferta. Para efectos de la garantía única de cumplimiento, se dará aplicación a lo señalado en el inciso 1o del artículo 8o del Decreto 4828 de 2008, que hace referencia a las excepciones al otorgamiento de la garantía en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro, y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

El contrato constará por escrito, bien sea en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico. En relación con estas adquisiciones, la entidad dejará constancia escrita del trámite realizado y de la publicidad de la invitación surtida. Para el efecto tomará las medidas que se requieran para la conservación de la información, teniendo en cuenta las normas de archivo aplicables. Esta reglamentación simplificada no obstante que la Ley 1150 de 2007 derogó el contrato sin formalidades plenas que creó el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el artículo 84 del Decreto 2474 de 2008 estableció que no se publicarán ni en el Diario Único de Contratación, ni en la Gaceta Oficial, según el caso, los contratos cuya cuantía sea inferior al 10% de la menor cuantía, ni los que no excedan en su valor los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008 exceptuó los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la

menor cuantía de las obligaciones frente al SICE previstas en el artículo 13 del Decreto 3512 de 2003³³.

En el evento de una confirmación por parte del Consejo de Estado de la suspensión del Decreto 3576 de 2009, no es la primera vez que la Honorable Corporación cuestiona estos excesos de la potestad reglamentaria, reproducir la norma suspendida raya en la responsabilidad de otros órdenes, por lo tanto, la única solución plausible es un proyecto de ley que llene el vacío normativo de un procedimiento de selección.

c. “Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 100 de 1993 y en la ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios”.

Esta causal es similar a la existente en el numeral 1º artículo 24 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, la nueva ley agrega el tema de las garantías y pagos por encargos fiduciarios. A su vez, el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el artículo 4º del Decreto 2025 de 2009, señala que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía. En todo caso las personas naturales o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990. Esta norma es aplicable para los contratos de salud de entidades que no son Empresas Sociales del Estado, como quiera que éstas tienen régimen privado según el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

d. “La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial”.

De conformidad con el literal d), numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la entidad debe iniciar la contratación por la vía abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de desierto del proceso inicial. Es decir, se impone un plazo perentorio vencido el cual se pierde la oportunidad de acudir a este medio de selección. Aquí vale la pena comentar que la causal referida a la falta de voluntad de participación, prevista en el literal h), numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 desaparece, dado que siempre se ha entendido que es la misma causal, tiene el mismo efecto que la declaratoria de desierto.

33 a) Inscripción. b) Planes de compras. c) Certificado de registro. d) Consulta de Cubs y precio indicativo. e) Registro de contratos. f) Publicación de contratos.

El artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el artículo 3º del Decreto 3576 de 2009, dispuso que en el evento de que persista la necesidad de contratar y la entidad estatal decida no adelantar un nuevo proceso de licitación, se puede iniciar un proceso de selección abreviada aplicando las reglas señaladas para el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. En todo caso, no se aplicará lo relacionado con la manifestación de interés ni con el sorteo de consolidación de oferentes a que se refieren los numerales 3 y 4 del artículo 9º del Decreto 2025 de 2009. Igualmente se faculta a la entidad para modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierta, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación.

e. “La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La enajenación de los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO), se hará por la Dirección Nacional de Estupefacientes, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las recomendaciones que para el efecto imparta el Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Reglamento deberá determinar la forma de selección, a través de invitación pública de los profesionales inmobiliarios, que actuarán como promotores de las ventas, que a su vez, a efecto de avalúos de los bienes, se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores y quienes responderán por sus actos solidariamente con los promotores.

Las Reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta”.

La Ley 226 de 1995 es aquella que se aplica a la enajenación total o parcial a favor de particulares de acciones o bonos de propiedad del Estado o de la participación en el capital social de cualquier empresa estatal, en desarrollo del mandato del artículo 60 Superior, régimen de privatizaciones. La Corte Constitucional en la sentencia C- 392 de 1996 declaró exequible el artículo 20 de esta ley, que permite la aplicación de las normas de contratación administrativa para la enajenación accionaria entre órganos estatales y para la venta de activos estatales distintos a las acciones o bonos. Precisamente, dentro de este marco constitucional el Gobierno Nacional viene adelantando un plan de renovación y utilización de activos de la administración pública con el fin de impulsar acciones para la adecuada utilización de los bienes inmuebles por parte de las entidades públicas y su eventual venta pública en aplicación de la Ley 708 de 2001.

Como quiera que en las causales de contratación directa previstas en el numeral 1º artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no estaba prevista la enajenación de bienes del Estado, el criterio jurídico de la Contraloría General de la República era que según el monto que arrojara la valoración de un bien, debía seguirse o no, el procedimiento de licitación pública. Con la nueva previsión legal de la Ley 1150 de 2007, que regula la enajenación de bienes del Estado, en ningún caso será por licitación pública sino por selección abreviada. La norma reglamentaria de esta causal es el Decreto 4444 de 2008, con excepción de los bienes del FRISCO regulados por el Decreto 1170 de 2008.

De la lectura del Decreto 4444 de 2008 se desprenden los siguientes mecanismos de enajenación: 1. Directa por oferta en sobre cerrado. 2. Directa por subasta pública. 3. Promotores, banca de inversión, martillo o bolsa agropecuaria y otros. Entonces en el procedimiento para la enajenación de bienes, la venta por subasta es facultativa, y en general lo son también todos los mecanismos de derecho privado; siempre y cuando en el

proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva. Reitero el lineamiento según el cual, la venta de activos sin que exista concurso lesiona el principio de economía y se puede incurrir en un detrimento al patrimonio público. Es decir, en la enajenación de bienes del Estado aún en el ámbito del derecho común, el medio de selección abreviado o privado no puede implicar contratación directa a dedo. Fue este criterio de la Contraloría General de la República con el cual la Junta Directiva de Telecom se vio obligada a realizar la venta de la empresa a través de un sistema de concurso abierto. Gracias a esa subasta el mayor valor que recibió el Estado Colombiano por esta venta ascendió a US 622.000.000³⁴.

En este sentido, los últimos incisos del literal e) del numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 señalan que si bien puede existir venta directa, ésta se debe llevar a cabo mediante sobres cerrados o en pública subasta, necesariamente en audiencia pública que permita hacer un segundo ofrecimiento y con previa publicación del precio base de los bienes en un diario de amplia circulación nacional. Preceptos normativos que no son tan explícitos en el Decreto 2474 de 2008, pero que obligan normativamente por su nivel de norma legal. En los procesos inferiores al 10% de la menor cuantía subsiste una ilegalidad manifiesta por regularse como procedimiento directo.

f. “Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas”.

Esta causal estaba prevista en la Ley 80 de 1993 como directa, su modificación es que pasa a ser abreviada. El Decreto 2474 de 2008 en sus artículos 49 y 50 establece que la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria a través de bolsas de productos se regirá por lo dispuesto en los artículos 29 a 43 del mismo, artículos relativos a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de bolsas de productos. En lo no previsto allí, el régimen aplicable a esta causal de selección abreviada es el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos agropecuarios y agroindustriales y en los reglamentos de éstas.

Respecto a las bolsas de productos éstas deben estandarizar, tipificar, elaborar y actualizar un listado de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización susceptibles de adquisición por cuenta de entidades estatales, de tal manera que sólo aquellos que se encuentren dentro de tal listado van a poder ser adquiridos a través de la bolsa de que se trate.

34 GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2006

Este listado actualizado de bienes y servicios se debe mantener a disposición de las entidades estatales y del público en general en las oficinas de las bolsas y permanecer publicado en la correspondiente página web, sin perjuicio de cualquier otro medio de divulgación que se utilice para su adecuado y oportuno conocimiento por parte de los interesados. A su vez, las bolsas de productos podrán establecer modelos estandarizados para los diferentes documentos requeridos para las negociaciones que a través suyo realicen las entidades estatales³⁵.

Respecto a los estudios previos para la adquisición en bolsa de productos se adicionan elementos a los mínimos establecidos en el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008 a saber: 1. El precio máximo de la comisión que la entidad estatal pagará al comisionista que por cuenta de ella adquirirá los bienes y/o servicios a través de bolsa. 2. El precio máximo de compra de los bienes y/o servicios a adquirir a través de la bolsa.

Ahora bien, a efecto de determinar el valor de los correspondientes certificados de disponibilidad presupuestal, las entidades deben tener en cuenta además del valor del contrato de comisión, el de la operación que por cuenta suya celebrará el comisionista a través de la bolsa, así como todo pago que deba hacerse por causa o con ocasión de aquella, incluyendo las garantías y demás pagos establecidos en el reglamento de la bolsa en donde se vaya a realizar la negociación. Sin embargo, llama la atención que no se podrá celebrar el respectivo contrato de comisión sin la acreditación por parte de la entidad estatal comitente de la existencia de las disponibilidades presupuestales, que amparen los valores mencionados³⁶.

Es desproporcionada la exigencia prevista en el artículo 38 del Decreto 2474 de 2008, según el cual la entidad estatal comitente debe constituir a favor del organismo de compensación de la bolsa de productos de que se trate, una garantía idónea para asegurar el cumplimiento de la negociación realizada. Señala la norma que dichas garantías podrán constituirse mediante póliza de seguros, depósitos en efectivo, fiducia en garantía y/o títulos valores de alta liquidez endosados en propiedad al organismo de compensación de la bolsa de que se trate. En todo caso, durante la vigencia de las operaciones, el organismo de compensación podrá exigir garantías adicionales con el fin de mantener la idoneidad de la misma, de conformidad con las reglas que regulan las bolsas de productos.

De otra parte, los comisionistas de bolsas de productos que deseen actuar como tales por cuenta de entidades estatales, se deben registrar previamente en el SICE, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 15 del Decreto 3512 de 2003, excepto los comitentes

35 Decreto 2474 de 2008 artículo 30.

36 Decreto 2474 de 2008 artículo 32.

vendedores y sus comisionistas. Así mismo, deben registrar en el RUPR el valor estimado de la comisión que cobrarán por sus servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 598 de 2000 y el literal b) del artículo 15 del Decreto 3512 de 2003³⁷.

Se consideran productos de origen agropecuario, los bienes y servicios de carácter homogéneo provenientes de recursos agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros, que no hayan sufrido procesos ulteriores que modifiquen sustancialmente sus características físicas y/o, químicas, o que, no obstante haberlos sufrido, conservan su homogeneidad así como aquellos cuya finalidad es la de ser utilizados en las actividades propias del sector agropecuario. También se consideran productos de origen o destinación agropecuaria los documentos representativos de los mismos, tales como certificados de depósito de productos agropecuarios.

De conformidad con el artículo 50 del Decreto 2474 de 2008, se entiende que son productos homogéneos aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor y que tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por especificaciones usuales del mercado, de tal manera que el único factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio por el cual se transan. Ahora bien, las bolsas agropecuarias, conforme a sus reglamentos, pueden diseñar y expedir certificados no circulables, representativos de los productos de origen o destinación agropecuaria que se adquieran por las entidades estatales a través de aquellas.

g. “Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

De la lectura de esta norma se infiere que no se modifica el campo de aplicación de la Ley 80 de 1993 para las sociedades de economía mixta que tengan participación igual o inferior al 50%, quienes no se someten a esta ley según su artículo 2° numeral 1° literal a), así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998. Aparentemente se mantiene el mismo sentido normativo del literal m), numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que somete a este procedimiento de selección los actos y contratos cuyo objeto directo sean actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y sociedades de economía mixta, excepto los contratos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; es decir, los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

37 Decreto 2474 de 2008 artículo 33.

Se aprecia una gran contradicción legal ya que más adelante otra norma de la Ley 1150 de 2007 en el artículo 14, excluye a las empresas industriales y comerciales, y a las sociedades de economía mixta³⁸, de la aplicación de las normas de contratación estatal al someterlas a las disposiciones legales y reglamentarias de sus actividades económicas y comerciales. El artículo citado señala: *“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes. El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2º del artículo 2º de la presente ley”*³⁹.

La realidad es entonces que con las prescripciones del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 de una parte las incluye y según el artículo 14 se exceptúan de la Ley 80 de 1993 las empresas y sociedades; las cuales pueden someterse a las disposiciones legales y reglamentos propios de sus actividades económicas y comerciales. No obstante lo anterior, cabe reiterar que sí están sometidos al artículo 13 sobre principios, inhabilidades e incompatibilidades. Los postulados de igualdad, economía, publicidad, moralidad y efectividad, entre otros, implica que esas empresas adopten procedimientos, manuales y prácticas que garanticen esos principios. Es una falta de técnica legislativa evidente propicia para contradicciones e inseguridad jurídica.

h. “Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección

38 Como se puede observar de la lectura del artículo citado, prácticamente todas estas entidades se excluyen de la ley de contratación.

39 Subrayado fuera del texto original.

de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamiento violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden”.

Esta causal es nueva y es concebida para facilitar procesos de paz, reinserción y ayuda a desplazados. El Decreto 2474 de 2008 en su artículo 52, modificado por el artículo 5º del Decreto 2025 de 2009, estableció que estos contratos se deben celebrar por la entidad estatal competente, observando el siguiente procedimiento:

1. La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres personas naturales o jurídicas.
2. La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.
3. Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

El párrafo del artículo 5º del Decreto 2025 de 2009 establecía una excepción a la publicidad no prevista en la Ley 1150 de 2007, al disponer que estos procesos de selección no se someterían a la convocatoria pública de que trata el artículo 4º del Decreto 2474 de 2008, con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los respectivos programas. Sin embargo, el citado párrafo fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, mediante proveído del 25 de noviembre de 2009 (Rad. 37.083), confirmado por auto del 3 de marzo de 2010.

i. “La Contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”.

En lo concerniente a esta causal, teniendo en cuenta que dentro de las causales de la contratación directa se encuentra una similar, más no idéntica, por ello hay que precisar dos situaciones: La causal de selección abreviada se presenta cuando se trata de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. En cambio, cuando sean bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS que

necesiten reserva para su adquisición, se adelantará un proceso de contratación directa. Cabe aquí recordar que el sector defensa nacional está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y todas sus entidades adscritas y vinculadas⁴⁰.

El artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, adicionado en un numeral por el artículo 1º del Decreto 127 de 2009⁴¹, señala qué son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional. Se observa que identifica como tales algunos bienes y servicios adquiridos por otras entidades ajenas a los asuntos de defensa, como la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el INVIAS y el Consejo Superior de la Judicatura. Las siguientes categorías son:

1. Material blindado o adquisición de vehículos para blindar.
2. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
3. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.
4. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.
5. Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás.
6. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral – Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedulaación, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como para la realización de las elecciones.*
7. La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.

40 Decreto 1932 de 1999.

41 Por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008.

8. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la fuerza pública.
9. Medicamentos e insumos médicos-quirúrgicos de estrecho margen terapéutico, para enfermedades de alto costo.
10. La prestación de servicios médicos asistenciales y prioritarios para enfermedades de alto costo.
11. Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de las fuerzas militares.
12. El diseño, adquisición, construcción, adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la Ley.*
13. Los bienes y servicios que sean adquiridos con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.
14. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS o por la Policía Nacional.*
15. Adquisición de vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistemas de comunicaciones, equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS o por la Policía Nacional.
16. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en los numerales del referido artículo 53, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.*
17. Bienes y Servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad - SIES- y sus Subsistemas.

18. Los contratos a que se refiere el artículo 79⁴² de Decreto 2474 de 2008, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura, es decir, la contratación reservada.*
19. La prestación de servicios por parte de personas naturales que se requieran para atender labores predominantemente materiales o de apoyo a la gestión del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.*

Se puede apreciar que varias causales tiene un asterisco (*) que hemos incluido para identificar excesos en la facultad reglamentaria, pues a simple vista se aprecia que se hizo extensiva a entidades que no tiene el mandato legal de realizar actividades de defensa y seguridad nacional, o no son ni bienes ni servicios.

Así mismo, el Instituto Nacional de Vías puede contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa. En este último evento se confiere a INVIAS un tratamiento no previsto en la ley.

En cuanto al procedimiento, debe aplicarse lo establecido para la menor cuantía, de conformidad con lo señalado en el artículo 9 del Decreto 2025 de 2009. Sin embargo, si se trata de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán utilizarse los procedimientos descritos para la subasta inversa. En este caso, se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con norma técnica militar o especificaciones técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

Por otro lado, los párrafos 2 y 3 del artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, están actualmente suspendidos provisionalmente por el H. Consejo de Estado mediante auto del 21 de octubre de 2009, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. El párrafo 2º establece que la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura podrán adquirir de manera directa los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional relacionados en el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008, cuando por razones de seguridad nacional su adquisición debe ser reservada, situación que deberá estar debidamente justificada por la entidad. A su vez, el párrafo 3º dispone que las entidades

42 Contratación reservada del sector Defensa y DAS.

públicas distintas a las señaladas pueden aplicar el procedimiento previsto en el artículo 53 cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional descritos en el citado artículo 53, así como los previstos en el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en una solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada. Estas previsiones del decreto desbordan el mandato legal.

3.3. EL CONCURSO DE MÉRITOS

3.3.1 Aspectos conceptuales

A partir de un estudio que realizamos con la Doctora Luz Jimena Duque Botero, especialista de la línea de investigación Contratación Segura, hemos preparado este análisis. Lo primero que pudimos concluir es que antes de la reforma de la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 de 1993 establecía un sólo procedimiento relevante para la selección de consultores, denominado “Concurso de Méritos”; por lo tanto, anteriormente la esencia de este proceso de selección era la misma del proceso licitatorio⁴³, de tal suerte que la única diferencia puntual entre uno y otro radicaba en la denominación del proceso.

Esta simbiosis procedimental fue abolida con la derogatoria del párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴⁴, que hacía mención al concurso y señalaba, que era aquel procedimiento mediante el cual la entidad estatal formulaba públicamente una convocatoria cuyo objeto consistía en realizar estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados que debía ajustarse al mismo procedimiento previsto para la licitación.

Entonces hoy los artículos 2º de la Ley 1150 de 2007 y 54 y siguientes del Decreto 2474 de 2008, le dan plena identidad y configuración al procedimiento del concurso de méritos, como modalidad de selección independiente, y se cambia sustancialmente su regulación⁴⁵. El efecto de estas normas, es darle autonomía a tal modalidad de contratación; tal

43 Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, señaló que “... bajo la regulación actual de la contratación estatal, no existe una distinción de fondo entre licitación pública y concurso de méritos en el marco de la Ley 80 de 1993 (...) hoy aunque de manera antitécnica desde el punto de vista del procedimiento a seguir para la selección del contratista, la diferencia entre licitación y concurso reside en el objeto del contrato de conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.(...)”

44 Ley 1150 de 2007 artículo 32

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de octubre de 2007, Exp. 10757, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. “Sobre este evento, la Sala pone de presente

y como sucedía con el Decreto Ley 222 de 1983. En el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 el numeral 3º, referida, le da total independencia al concurso de méritos respecto del proceso licitatorio, se aprecia que son muy distintos y se excluyen en su estructura, esencia y criterios de selección objetiva.

Ahora bien la mención que hace la Ley 1150 de 2007 sobre el contrato de consultoría es muy general, ya que se limita a decir que esta modalidad se refiere a la selección de consultores o proyectos. Por lo tanto es obligatoria y necesaria la remisión a la definición de contrato de consultoría que está en la Ley 80 de 1993, numeral 2º del artículo 32 disposición con plena vigencia y obligatoriedad, que a su vez tiene alcance en la norma reglamentaria, en el párrafo del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, que señalan:

Artículo 32 numeral 2 Ley 80 de 1993:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.

Artículo 54 párrafo Decreto 2474 de 2008:

“Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos;

que con la modificación introducida en la ley 80 de 1993, operó una verdadera diferenciación entre el concurso de méritos y otras modalidades de selección de los contratistas, sobre todo de la licitación. El desarrollo separado del concurso, entonces, busca destacar que sea “...la selección más idónea a partir de condiciones técnico-subjetivas.”

oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2º de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

Dado que tanto el contrato de consultoría como el de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión implican el desarrollo de actividades de carácter intelectual, es muy común que los operadores jurídicos tengan cierta dificultad a la hora de tipificar el contrato respectivo. Para diferenciar acertadamente uno de otro, la clave es optar por el criterio residual, según el cual, los servicios intelectuales que se enmarcan dentro del contrato de consultoría, son exclusivamente los enlistados en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con el alcance dado por el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008.⁴⁶

46 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Exp. 30832, marzo 30 de 2006. *“En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obra o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos. De este modo el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras. De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la Ley 80 establece, en forma general que su objeto consiste en el desarrollo de “... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionan con la administración y/o el funcionamiento de la entidad. Adicionalmente es requisito legal para celebrar estos contratos, con personas naturales, que la entidad pública no cuente con el personal de planta para ejecutar las tareas o que se requieran conocimientos especializados. Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios. La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción del contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios. En este sentido, la distinción entre ambos contratos resulta ser relativamente fácil de establecer, tratándose de la comparación de los tipos de contratos de consultoría en relación con los característicos contratos de prestación de servicios, como ocurre, por ejemplo, con la interventoría*

3.3.2 Procedimiento y características

De otra parte, de las normas reglamentarias surgen otros hechos relevantes como la diversidad de procedimientos para la escogencia. Veámoslos:

- a. Se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o con precalificación, en el marco de una convocatoria pública, según lo previsto en el artículo 4º y siguientes del Decreto 2474 de 2008.
- b. En el caso del concurso de méritos con precalificación, es posible surtir ésta mediante la conformación de una lista corta o mediante el uso de una lista multiusos.
- c. Existen dos tipos de propuestas técnicas:
 - i. *La Propuesta Técnica Simplificada (PTS) se utiliza cuando está predeterminada la metodología, plan y cargas y, puede ir por la modalidad abierta o de precalificación, esta última con lista corta o lista multiusos. El proyecto de pliego se publicará por cinco días.*
 - ii. *La Propuesta Técnica Detallada (PTD), se utiliza cuando los servicios de consultoría puedan desarrollarse con diferentes enfoques o metodologías y necesariamente se da por el sistema de precalificación con lista corta. El proyecto de pliego se publicará por diez días. Para este caso lo realmente significativo es el resultado de la producción intelectual de un consultor, aspecto que no es conocido por la entidad al momento de la realización de los estudios previos y la apertura del proceso de selección, toda vez que lo que la administración define y conoce para ese momento, son las condiciones técnicas a las que debe sujetarse el contratista para la elaboración de un estudio, diseño, proyecto, etc, pero no le es posible saber cuál será*

de una obra y con la contratación de una secretaria para realizar trabajos ocasionales en una oficina pública...” “...En algunos contratos, sin embargo, su distinción presentaría mayores dificultades y su naturaleza resultará discutible, pues algunas de las obligaciones pactadas pueden ser de aquellas propias del funcionamiento de una entidad del Estado, no obstante que, al mismo tiempo, pudieran enmarcarse como propias de un contrato de consultoría. Tal es el caso de un contrato celebrado por una entidad estatal con un ingeniero civil, cuyo objeto consista en la elaboración de un estudio o de unos planos, lo cual usualmente puede ser realizado con los ingenieros de planta. Supuestos como éste exigen un análisis más detenido del tema, a fin de determinar la tipicidad del contrato. No desconoce la Sala que en estos casos, se genera un problema con las definiciones legales, pues un contrato, con obligaciones como las indicadas, podría pertenecer a cualquiera de las categorías, o a ambas. No obstante, se reitera, el primer criterio para determinar la naturaleza debe ser el de la adecuación precisa a la definición propia del contrato de consultoría, por constituir ésta una figura contractual especial, con una noción menos amplia de modo que, solo en caso de no enmarcarse el contrato de manera precisa en ella, se deberá analizar si encuadra en la noción de contrato de prestación de servicios”.

*el resultado final del trabajo que éste entregará, dado que el mismo corresponderá necesariamente al producto del propio intelecto del consultor, sus conocimientos, experticia y competencias profesionales específicas en determinada materia.*⁴⁷

- d. En la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados, y en esta materia debe aplicarse el Decreto 2326 de 1995, que regula esta materia específicamente y que en la actualidad se encuentra vigente.
- e. En ningún caso se tendrá el precio como factor de escogencia o selección, lo cual implica una gran responsabilidad al momento de formular los estudios previos y específicamente en lo relacionado con los estudios de mercado.
- f. Son precisamente las calidades, competencias profesionales, intelectuales y de organización del contratista, la razón fundamental por la cual la ley y el reglamento consignaron la prohibición expresa de que el precio en ningún caso pudiera ser tenido en cuenta como factor de calificación o evaluación para la selección de consultores. (Artículo 5 numeral 4, inciso 2 Ley 1150 de 2007 y Artículo 12 numeral 2 Decreto 2474 de 2008)
- g. Existen unas excepciones que permiten acudir a mecanismos de selección distintos del concurso de méritos para la selección de consultores: 1) Objetos Mixtos. Si las labores de consultoría están en un plano de importancia o son secundarias a otras como sería el caso de la ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de obra, se adelanta una licitación pública, Selección Abreviada o Contratación Directa, según corresponda. Para el caso preciso, la actividad principal corresponde a la construcción de la obra, mientras que el diseño de la misma, a pesar de ser necesario e imprescindible, debe entenderse como secundario. (Artículo 54 inciso 6 del Decreto 2474 de 2008). 2) Servicios de consultoría cuya cuantía sea igual o inferior al 10% de la menor

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de junio de 2000, Exp. 10963, C.P. Ricardo Hoyos Duque. *“En consecuencia, el concurso de méritos, como forma de selección de contratistas, lo determinante es la constatación de requisitos de orden técnico y de factores de valoración encaminados a la búsqueda de la mayor capacidad profesional entre quienes presentan sus propuestas a la Administración, por ello las calidades personales asumen una mayor importancia que los requerimientos financieros o económicos y en consecuencia su utilización se restringe a trabajos de carácter intelectual. En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v. gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los contratos intuitu personae en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección.”*

cuantía de la entidad⁴⁸: Cuando el presupuesto de la Entidad para contratar servicios de consultoría sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía, el procedimiento para la selección del consultor o del proyecto será una invitación pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2025 de 2009. La Entidad deberá elaborar la invitación con base en la experiencia del proponente o del equipo de trabajo, según se satisfagan las condiciones requeridas en la ejecución de la consultoría de que se trate, incluyendo criterios de habilitación y selección, y en todo caso, formular invitación a un mínimo de 3 personas.⁴⁹

Respecto al concurso de méritos el procedimiento fue desarrollado con mayor precisión por el Decreto 2474 de 2008, en el artículo 66, así:

1. Acto administrativo de apertura, el cual, en los eventos en que se haga uso de la precalificación, sólo procederá una vez se encuentre en firme la conformación de la lista corta o la lista multiusos.
2. Publicación del pliego de condiciones.
3. Invitación a presentar propuestas, en los concursos en los que se haga uso de precalificación.

48 Cabe comentar que el artículo 6 del Decreto 2025 de 2009 no ha sido demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y sobre éste no ha existido pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en razón a que en nuestra legislación la justicia tiene el carácter de rogada, es altamente probable que en caso de presentarse una demanda del mismo, el H. Consejo de Estado mantenga la posición que hasta la fecha ha sostenido:

Auto del 18 de marzo de 2010, Exp. 37785, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa, en el cual se suspendieron provisionalmente los artículos 1º y 2º del Decreto 3576 de 2009, relacionados con la contratación cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía. “(...) resulta extraño a los procedimientos de selección que vía reglamento se pretenda -esta vez de forma sutil y velada- una modalidad de escogencia dentro del proceso de selección abreviada, cuando el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía”.

49 Originalmente la contratación de servicios de consultoría cuyo valor no excediera el 10% de la menor cuantía se encontraba contenida en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008. Mediante autos del 1 de abril y del 27 de mayo de 2009, el H. Consejo de Estado suspendió los artículos que hacían mención al procedimiento que remitía al “Manual de Contratación” de las Entidades, dentro de los cuales se encontraba el artículo 54 del decreto 2474 de 2008. Mediante Sentencia del 14 de abril de 2010, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36054, M.P. Enrique Gil Botero, se decretó la nulidad de la expresión “...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...”, contenida en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008. Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el 3 de junio de 2009 el decreto 2025 del mismo año y en su artículo 6 modificó el tercer inciso del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, estableciendo un nuevo procedimiento para la contratación de estos servicios.

4. Presentación de las ofertas.
5. Verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas.
6. Elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas.
7. Traslado del informe de evaluación por un término no superior a tres días hábiles.
8. Apertura de la propuesta económica del primer elegible.
9. Verificación de la consistencia de la propuesta económica.
10. Adjudicación del contrato o declaratoria de desierta.

En el pliego de condiciones se deben señalar los términos y plazos que gobiernan el concurso de méritos. El término para presentar ofertas se contará a partir de la expedición del acto administrativo de apertura.

El artículo 68 del Decreto 2474 de 2008 que determinaba los factores y los porcentajes para evaluar las propuestas técnicas fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Exp. 36054 del 14 de abril de 2010, Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero. Los fundamentos de la decisión se resumen así:

“(...) el ejercicio de la potestad reglamentaria no desplaza la facultad discrecional reconocida a las entidades estatales para la determinación de los criterios de evaluación; el reglamento expedido, debe circunscribirse sólo a la delimitación de las condiciones bajo las cuales se pueden utilizar los factores de evaluación mencionadas en el aparte precedente. En otros términos, la norma reglamentaria debe precisar lo que debe entenderse por cada uno de los factores señalados en el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, la delimitación de aquellos elementos que cada factor puede llegar a comprender, el cómo se deben valorar estos elementos, etc.

Al analizar la norma demandada, se observa que el artículo 68 no cumple las funciones señaladas cuando regula lo referente a los criterios técnicos de evaluación de las propuestas, sino que por el contrario contraría el artículo 5.4 de la Ley 1150 de 2007, al desconocer la libertad que el legislador reconoció a las entidades estatales para la determinación de los diferentes factores de ponderación, pues adiciona factores de ponderación como ocurre con la exigencia de “La propuesta metodológica y plan de cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.”

La Sala también declarará la nulidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 68 del Decreto 2474 de 2008, porque al señalar éstos el porcentaje a asignar a cada uno de los

criterios de valoración está determinado el cómo éstos deben ser calificados, facultad que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, corresponde decidir en los pliegos de condiciones a las entidades estatales y no a la norma reglamentaria.”

Lo anterior permite concluir que con la declaratoria de nulidad del artículo 68 del Decreto 2474 de 2008, en la actualidad, con sujeción al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales son las únicas facultadas para determinar en los pliegos de condiciones, criterios de evaluación de las propuestas y factores de ponderación que les permitan la escogencia de la mejor propuesta.

No obstante la declaratoria de nulidad de la disposición antes citada, es necesario precisar que la misma no incluye lo dispuesto en el párrafo 3 del mencionado artículo, el cual no fue objeto de debate ni de pronunciamiento por parte del H. Consejo de Estado. El párrafo señala: “*PAR. 3º. La entidad estatal contratante verificará que el equipo de trabajo presentado esté en capacidad real y efectiva de cumplir con la carga y plan de trabajo de la consultoría*”. Por lo anterior, este deber a cargo de las entidades estatales, se encuentra hoy vigente.

3.3.3 Concurso de méritos para la escogencia de intermediarios de seguros

El artículo 75 del Decreto 2474 de 2008 determinaba los criterios de evaluación de intermediarios de seguros. Mediante sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 36054, el H. Consejo de Estado decretó la nulidad de este artículo indicando:

“Tal como ya se explicitó, en el auto que suspendió provisionalmente la disposición acusada, se advierte que el reglamento excede la ley que le sirve de fundamento. Para arribar a esta conclusión no se requiere de un examen exhaustivo, en virtud a que el artículo 75 del Decreto 2474 preceptúa que las entidades estatales, en los procesos de selección de intermediarios de seguros, sólo pueden tener en cuenta los criterios que expresamente determina. Como ya se tuvo la oportunidad de poner de presente, la Ley sólo se limitó a señalar cuáles eran los criterios de admisión/rechazo e indicar, que tratándose de consultoría, es deseable que valore la experiencia específica. (...) La ilegalidad de la norma se reitera en el primer párrafo (también demandado), porque adicionalmente al contenido del artículo, se contempla un porcentaje mínimo para el criterio “formación y experiencia y expertos” (40%), limitándose de esta forma la libertad de configuración de los pliegos de condiciones, reconocida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Para la Sala no ofrece duda alguna que el legislador permitió a cada entidad estatal distribuir con libertad el peso específico

que debe tener cada factor de selección en el proceso de selección, aspecto que, no puede ser restringido por una norma de carácter administrativo”.

El artículo 76 del Decreto 2474 de 2008 relacionado con la “Oportunidad del concurso y término de vinculación”, se encuentra vigente, en razón a que el mismo no fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado⁵⁰.

3.4. LA CONTRATACIÓN DIRECTA

3.4.1. Reglas generales

Las 6 causales que dejarán de ser de contratación directa son las siguientes: 1. La menor cuantía establecida en el literal a) numeral 1º artículo 24 de la Ley 80 de 1993, hoy causal de contratación por selección abreviada. 2. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso previsto en el literal g) numeral 1º artículo 24 Ley 80 de 1993, pasó a ser causal de contratación por selección abreviada. 3. La adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios contemplada en el literal k) numeral 1º artículo 24 Ley 80 de 1993, se transforma a causal de contratación por selección abreviada. 4. Los contratos de salud previstos en el literal l) numeral 1º artículo 24 Ley 80 de 1993, pasaron a ser causal de contratación por selección abreviada. 5. Los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta contemplados en el literal m) numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pasaron a ser causal de contratación directa a un régimen especial, como se analizó. 6. La no presentación de propuestas o la falta de voluntad de participación contemplada en el literal h) numeral 1º artículo 24 Ley 80 de 1993, fue suprimida del ordenamiento jurídico colombiano, dado que ese evento está inmerso en el evento de declaratoria de desierta de la licitación que da lugar a un proceso abreviado.

50 El Artículo 76 del Decreto 2474 de 2008 establece: *“Oportunidad del concurso y término de vinculación. La selección de intermediario de seguros deberá realizarse en forma previa a la escogencia de la entidad aseguradora. En casos excepcionales debidamente justificados por la entidad estatal, podrá efectuarse esta selección de manera concomitante.*

La entidad estatal adjudicará a un solo intermediario de seguros el manejo integral del plan de seguros. No obstante, si sus necesidades así lo ameritan, podrá adjudicar a otro intermediario un ramo o un grupo de ramos de seguros requeridos. En los pliegos de condiciones del concurso deberá consignarse esta posibilidad expresamente. En ningún evento habrá más de dos intermediarios por cada entidad estatal.

La vinculación del intermediario con la entidad estatal se prolongará hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o renovados con su intervención dentro de un mismo proceso de selección, sin perjuicio de que la entidad contratante, con el cumplimiento previo de las formalidades legales, proceda a la terminación de la relación”.

Desde el punto de vista cualitativo, la Ley 1150 de 2007 reduce las causales de contratación directa de 13 a 9. Vale la pena destacar que creó una nueva causal, la de entidades territoriales en reestructuración por liquidez. Se desagregó una causal de la Ley 80 de 1993, como quiera que separa los eventos de contratos de prestación de servicios y de proyectos de ciencia y tecnología. Por último, hay algunos detalles en las causales que se explican más adelante.

El procedimiento reglamentario se ubica a partir del artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 que señala que cuando proceda la modalidad de selección de contratación directa, la entidad lo debe señalar en un acto administrativo expreso que debe contener:

1. El señalamiento de la causal que se invoca.
2. La determinación del objeto a contratar.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

Al respecto, en los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 (urgencia manifiesta y empréstito) y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no se requiere el acto formal y, los estudios que soportan la contratación, no serán públicos; sin embargo, como toda decisión discrecional debe ser motivada, razonable y contar con los estudios previos. El citado artículo precisa que en el evento de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto administrativo que señala la procedencia de ésta modalidad, y ahí sí se especifica que no requiere de estudios previos. A continuación se explican las causales una a una.

3.4.2. Causales

Según el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 las únicas causales de contratación directa serán las siguientes:

a. “Urgencia manifiesta”.

Respecto a esta causal no se presentó ninguna modificación. Cabe recordar que, como en todos los eventos de contratación directa, se impone el deber previo a la contratación de justificar en el acto administrativo de declaratoria los motivos que llevan a utilizarla.

Esta es la misma causal en la que el Decreto 2474 de 2008 señaló en el párrafo 1º del artículo 77 que no se requiere de estudios previos, como lo dispone el artículo 42 de la Ley 80 de 1993. Esta causal conlleva una necesidad de atención inmediata no previsible, a través de la ejecución de una obra, el suministro de un bien o la prestación de un servicio y se enmarca en situaciones relacionadas con:

- Situaciones excepcionales relacionadas con: Hechos de calamidad, situaciones de fuerza mayor y desastres.
- Situaciones relacionadas con los estados de excepción: conmoción interior, emergencia económica o guerra exterior.

b. “Contratación de empréstitos”.

Esta causal se presenta ante la necesidad de buscar mecanismos de financiación a mediano y largo plazo por parte de las entidades. Se deben tener en cuenta las restricciones de las Leyes 617 de 2000 y 819 de 2003. Adicionalmente, para esta modalidad de empréstitos hay reglas especiales como el artículo 3º del Decreto 2681 de 1993 y varias disposiciones reglamentarias que lo complementan. Hay claras definiciones respecto al objeto de los empréstitos y operaciones de crédito público interno o externo contempladas en esta modalidad.

Respecto a esta causal tampoco se presentó modificación, pero en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 se hacen precisiones para mantener idéntico el régimen jurídico de los organismos multilaterales de crédito, que se aplicó en vigencia del inciso 4º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, hoy derogado y exequible de manera condicional por la sentencia C – 249 de 2004. Esta derogatoria trajo como consecuencia la pérdida de fuerza ejecutoria del Decreto 2166 de 2004, la nueva disposición reglamentaria aplicable al caso es el artículo 85 del Decreto 2474 de 2008.

También para esta materia resultan aplicables las disposiciones del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 relacionado con Operaciones de Crédito Público, dentro de las cuales se menciona como tal el empréstito. Precisamente este asunto ha sido materia de varios reglamentos, entre otros: 2681 de 1993, 95 y 1121 de 1994, 1721 de 1995, 696 de 1998, 610 de 2002, 3480 y 2283 de 2003.

c. “Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de

educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales”.

De la lectura del derogado literal c) numeral 1º artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se concluye que no existían condiciones ni restricciones en su aplicación. Contrario sensu, el literal c) numeral 4º artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 sí, para empezar ahora se establece como requisito general para la celebración de un contrato interadministrativo, que las obligaciones derivadas del respectivo contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, según se encuentre previamente establecido en su norma de estructura básica, ley, ordenanza o acuerdo, según el caso.

Por otro lado, se encuentran dos excepciones en lo que respecta a las instituciones de educación superior públicas. La primera, hace referencia a que éstas no podrán celebrar contratos interadministrativos por el proceso de contratación directa cuando se trate de un contrato de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuya ejecución esté a cargo de ellas mismas. Es decir, que dichas instituciones educativas podrán ser las ejecutoras de los mencionados contratos en el evento de que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada, nunca por contratación directa. Ello para evitar casos

como el de contratar para el Casanare una universidad de Bolívar, con el objeto de hacer obras, por una facultad de humanidades.

La segunda excepción al régimen general de los interadministrativos para las instituciones de educación superior públicas hace referencia a la inaplicabilidad de los principios de función administrativa, del deber de selección objetiva y la aplicabilidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993. Tanto la celebración como la ejecución se pueden realizar conforme a las normas específicas de tales entidades, en aplicación del principio de autonomía universitaria. Es dudosa la excepción para estas instituciones de aplicar el artículo 209 Superior relativo a la función administrativa; de ahí que el artículo 78 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de esta causal disponga que las instituciones de Educación Superior Públicas se sometan a los principios propios a su condición de entidades públicas.

Una institución de educación superior es un establecimiento en el cual se ofrece el servicio público de la educación correspondiente al nivel que le sigue a la educación media, y es por razón de su origen se les clasifica en estatales u oficiales, privadas y de economía solidaria⁵¹ muchas veces auspiciada con recursos públicos. De tal manera que las financiadas con recursos públicos están sometidas a los principios de la gestión fiscal y al control por las contralorías.

De otra parte, la Ley 1150 de 2007 dispuso que cuando la entidad pública ejecutora o el subcontratista requieran celebrar un contrato para cumplir con las actividades derivadas del principal, no se podrán vincular a personas que hayan participado en la elaboración de estudios, diseños o proyectos que dieron origen a éste. Por último, hay que señalar que la nueva ley exceptuó de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro celebrados por las entidades estatales. Respecto a los contratos interadministrativos que puedan llegar a celebrar las empresas industriales y comerciales del estado, la nueva ley no precisó situaciones ni requisitos especiales, lo cual puede afectar el principio constitucional de libre competencia.

El artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el literal que se analiza, establece que las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público, estarán sometidos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y participarán en igualdad de condiciones con los particulares. El artículo 32 de la misma Ley deroga el párrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

En el evento que entre dos entidades públicas se firmen documentos de intención o acuerdos que no produzcan obligaciones como tal, no es un contrato estatal según la definición

51 Artículo 23, Ley 30 de 1992.

del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, porque no implican obligaciones sino intenciones o declaraciones de buena voluntad no exigibles.

d. “La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición”.

Según lo analizado en la selección abreviada, ésta es una nueva causal, debido a que reviste características totalmente diferentes e independientes, al referirse a la reserva. Por tal razón, el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008 establece una lista de bienes y servicios del sector defensa, que necesitan reserva para su adquisición:

1. Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.
2. Elementos, equipos y accesorios contra motines.
3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.
7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinados al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.
8. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.
9. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.
10. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.

11. Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Este numeral hace extensivo a obras una causal legal para bienes y servicios únicamente.
12. La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.
13. Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.
14. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios mencionados no requieren de la obtención previa de varias ofertas y deben tener como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de estos contratos no pueden ser reveladas y en consecuencia están exceptuadas de publicación. Sin embargo, no están exceptuados de los estudios previos.

Como la Ley 1150 no define qué se entiende por gastos que impliquen reserva, necesariamente este es un asunto vinculado a un referente legal, como el de los gastos reservados, a pesar de ello el reglamento le da un sentido diverso y en estricto sentido legisla. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que el Decreto 4996 de 24 de diciembre de 2009, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia 2010,

se ocupa de definir el concepto de gastos reservados así: *“Son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes. Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia. Se podrán realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias. Los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”*.

El Decreto 4996 de 2009⁵² en el artículo 38 adopta la misma definición que trae el artículo 1º de la Ley 1097 de 2 de noviembre de 2006 por la cual se regulan los gastos reservados. En ambas disposiciones se señala que los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes. Igualmente, son gastos reservados los que se realicen para expedir nuevos documentos de identificación para garantizar la identidad de cobertura de los servidores públicos que ejecuten actividades de inteligencia y contrainteligencia. Así mismo, se pueden realizar gastos reservados para la protección de servidores públicos vinculados a actividades de inteligencia, contrainteligencia y sus familias. Los gastos reservados pueden realizarse dentro y fuera del país y se ejecutan a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados.

Ahora bien, respecto a la contratación establece que las erogaciones que se ejecuten con cargo a gastos reservados que de conformidad con el concepto del ordenador del gasto no puedan ser ejecutadas por los canales ordinarios, no se sujetarán a las normas y procedimientos previstos en el Estatuto de Contratación Estatal y que por el contrario, se someterán al procedimiento especial que por decreto adoptará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de esa ley, en el que se fijen cuantías y niveles de autorización. De acuerdo con lo anterior, se entendería que al implementarse la Ley 1150 de 2007, la contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa y el DAS que requieran reserva para su adquisición, se llevará a cabo bajo el procedimiento de contratación directa; pero el reglamento da un alcance amplio y general que involucra actividades y estudios de diversa índole que poco tienen que ver con la reserva del sector defensa.

52 Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2010, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.

e. “Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas”.

Desde que se expide la Constitución Política de 1991, la vocación del Estado es la de fortalecer las actividades científicas y tecnológicas en Colombia. Esta clase de contratos son siempre *intuitu personae*, es decir, se celebran con la única persona que tiene la capacidad científica y tecnológica requerida para el cumplimiento del objeto o finalidad propuesta por la entidad. El literal d), numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 hacía referencia al “desarrollo directo”; en el texto que se propone menciona simplemente “desarrollo”, desaparece la alusión directa. El Decreto – Ley 591 de 1991 fue derogado parcialmente por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los artículos 2º, 8º, 9º, 17 y 19⁵³.

Distinta es esta excepción de contratar en forma directa, para todas las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, al hecho de creación de entidades con un régimen de derecho privado con el objeto de promover la ciencia y la tecnología. El régimen jurídico en materia de ciencia y tecnología son las siguientes normas: la Ley 29 de 1990, por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias; el Decreto 393 de 1991, por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías; el Decreto 585 de 1991 por el cual se crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, se reorganiza el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología - Colciencias y se dictan otras disposiciones; el Decreto 591 de 1991, por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas.

53 El artículo 2º del Decreto Ley 591 de 1991 define que se entiende por actividades científicas y tecnológicas:

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.
2. Difusión científica y tecnológica, esto es, Información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.
5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías, nacionales o extranjeras.
6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.

Precisamente de otra parte la Ley 1286 de 2009, por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones. Este régimen es diverso al de entidades sin ánimo de lucro que se deriva del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia; las normas que desarrollan esta materia son los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992, 2459 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

f. “Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999⁵⁴, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público”.

Esta causal no estaba prevista en la Ley 80 de 1993, por lo que es una novedad. Hace referencia a los contratos que celebren las entidades territoriales cuando inician un acuerdo de reestructuración de pasivos por insolvencia.

g. “Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”.

Respecto a esta causal, la introducción que se hace es a la expresión “en el mercado”, situación que en un futuro va a ser certificada por las Cámaras de Comercio. Al respecto, el Decreto 2474 de 2008 en el artículo 81 señala los eventos en que no existe pluralidad de oferentes, así:

1. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP.
2. Cuando sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor,
3. Por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.

Lo anterior debe estar debidamente certificado y documentado con registros de propiedad o pruebas de autoría intelectual y, las circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

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”.

El artículo 32 numeral 3) de la Ley 80 de 1993, establece: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas

⁵⁴ Esta Ley fue subrogada por la Ley 1116 de 2006.

con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta⁵⁵ o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generen relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Se evidencia entonces que las exigencias legales son: Actividades relacionadas con la administración, o II. Funcionamiento de la entidad; III. No puedan realizarse con personal de planta; o IV. Requieran conocimiento especializados; V. En ningún caso estos contratos general relación laboral; VI. Se celebrarán por el término estrictamente indispensable; VII. Que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada; VIII. Diferentes a los contratos de consultoría.

La Ley 1150 de 2007 por su parte, consagró a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como una causal de contratación directa contenida en el literal h) del numeral 4) del artículo 2 de la mencionada ley. El Decreto 2474 de 2008, artículo 82; modificado por el Decreto 4266 de 2010, artículo 1º, referente a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, dispuso lo siguiente:

“Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento

55 *“Recientemente la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, Expediente D-7615, M.P.Dr. Ignacio Pretelt Chaljub, precisó: “Ahora bien, frente al aumento de contratos de prestación de servicios en la administración, hasta el punto de que se crean “verdaderas nóminas paralelas” y son contratadas por esa vía gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas, se acude a cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, la Corte instó a los órganos de control del Estado, para que se exija, dentro de sus competencias, a las autoridades nacionales y territoriales, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2400 de 1968, reportando a la Fiscalía si se llegare a estar en presencia de probables conductas punibles”.*

de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”.

La causal de contratación directa contenida en el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, incluye los siguientes contratos de prestación de servicios ⁵⁶: 1) Profesionales. 2) Apoyo a la Gestión que incluye actividades operativas, logísticas o intelectuales. 3) Ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

56 MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal, Ediciones Nueva Jurídica. Primera edición, 2009, páginas 511 y 512: “Por su parte, el literal h) del mencionado numeral 4º del artículo 2º de la citada ley, cataloga como causal autónoma de contratación directa los contratos que se celebren para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Del contexto de esta nueva causal, a diferencia de lo que se regulaba en la Ley 80 de 1993 y aparte de lo ya señalado en relación con la ciencia y tecnología, debe precisarse como premisa del nuevo literal, lo siguiente: 1. A diferencia de lo que acontecía con la Ley 80 de 1993, el mencionado literal h), numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, incluye como nueva actividad de servicios, los servicios de apoyo a la gestión y relativa a la ejecución de trabajos artísticos. 2. En relación con la ejecución de trabajos artísticos, a diferencia de lo que acontecía con la Ley 80 de 1993 que permitía la posibilidad de encomendarla a determinadas personas naturales o jurídicas, la Ley 1150 de 2007 restringe el alcance de esta tercera hipótesis sólo a personas naturales lo cual es consecuente con la naturaleza de estos trabajos que por ser creaciones artísticas corresponden, por lo general, a personas naturales”.

4. CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

4.1 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

Corresponde a aquellos servicios de naturaleza intelectual, que se celebran con personas naturales o jurídicas, en razón a sus conocimientos especializados y experiencia en determinada materia. Como se desprende de su denominación, es requisito “sine qua non” que para el desarrollo de las actividades, el contratista cuente con un título profesional que acredite los conocimientos y la formación propia de una profesión reconocida como tal por el Estado y, que demuestre que posee idoneidad y experiencia relacionada con el área de que se trate. No podrán celebrarse contratos estatales bajo esta modalidad de servicios profesionales, con personas que hayan obtenido el título de técnicos o tecnólogos.

Para que el contrato pueda considerarse de prestación de servicios profesionales, el objeto y las actividades del mismo, necesariamente tendrán que estar relacionadas con aquellas propias del ejercicio de la profesión del contratista, sin olvidar, la presencia de conocimientos intelectuales específicos sobre la materia⁵⁷. Esto es, si la persona, a pesar de haber obtenido un título universitario, pretende realizar actividades distintas a las inherentes a su profesión, el contrato no podrá catalogarse de servicios profesionales y habrá que estudiar la tipología penal o disciplinaria. Debe estar previamente sustentado en los estudios previos que dieron origen a la contratación. Bajo esta modalidad se encuentra la contratación de labores de apoyo misional en una entidad, o los de apoyo en las áreas administrativas, financiera o de gestión jurídica, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008.

57 Este tipo de contratos se realizan para el desarrollo de actividades intelectuales, de conformidad con el artículo 82 del decreto 2474 de 2008, y por tanto no pueden considerarse aquellas que no conlleven dicho componente, como tampoco podrán contemplarse aquellas actividades que corresponden a la Consultoría.

Será necesario contar con certificaciones que acrediten la idoneidad y la experiencia de la persona que se pretende contratar, y además den cuenta, bien sea la inexistencia de personal de planta, o que, a pesar de existir, éste no cuenta con los perfiles requeridos o resulte insuficiente para la ejecución del objeto que ha de contratarse. Los contratos de prestación de servicios profesionales también pueden ser celebrados con personas jurídicas, caso en el cual, el objeto social de las mismas, deberá encontrarse directamente relacionado con el objeto de la contratación y acreditarse su idoneidad profesional y experiencia.

Hoy la Ley 1258 de 2008 permite la conformación de las SAS, Sociedades por Acciones Simplificadas con objetos sociales generales o indeterminados, así mismo, Empresas Unipersonales EU, instrumentos que flexibilizan la actividad societaria y empresarial. Frente a estas personas es posible la contratación directa, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos de idoneidad y experiencia específica con las mismas exigencias que se piden cuando se contrata a una persona natural, pero respecto del individuo que conforma la SAS o la EU.

4.2. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN

Corresponde a aquellos servicios de naturaleza intelectual diferentes a los de consultaría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales; que se celebran con personas naturales o jurídicas, en razón a sus conocimientos especializados y experiencia en determinada materia o asuntos.

En tratándose de personas naturales, a diferencia del contrato de prestación de servicios profesionales, no se exige la titulación de una profesión universitaria, pero sí la acreditación de conocimientos específicos, experiencia en la materia que quiere contratarse o determinadas destrezas. Es el caso también de los técnicos, tecnólogos o personas que han realizado cursos de formación avanzados o estudios para cumplir labores intelectuales o de gestión especializada. Cuando se pretende realizar con personas jurídicas, su objeto social debe estar directamente relacionado con el objeto que pretende contratarse.

Igual que para la celebración de los contratos de prestación de servicios profesionales, será necesario contar con certificaciones que por un lado acrediten la idoneidad y la experiencia de la persona que pretende contratarse, y por el otro, den cuenta, bien sea la inexistencia de personal de planta, o que a pesar de existir éste no cuenta con los perfiles requeridos o resulta insuficiente para la ejecución del objeto que ha de contratarse.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 4266 de 2010, este tipo de contratos de apoyo a la gestión sólo pueden realizarse para el desarrollo de actividades intelectuales, operativas, logísticas o asistenciales; y por tanto, no pueden considerarse de apoyo a efectos de la aplicación de la regla aquí señalada, la contratación de actividades que no conlleven dicho componente intelectual o de especialidad. Tampoco podrán contemplarse aquellas actividades que corresponden a la consultoría.

A su vez, señala la parte considerativa del citado decreto que los servicios de apoyo a la gestión relacionados con aquellas actividades operativas, logísticas, o asistenciales, deben estar vinculados a la realización de las tareas propias de la entidad.

4.3 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ARTÍSTICOS CON PERSONA NATURAL

Si bien el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece que todos los contratos estatales son *intuitu personae* y sobre esa base funda la prohibición de ceder los contratos sin autorización escrita de la entidad contratante; aquí nos referimos a los contratos de prestación de servicios que se celebran con personas que cuentan con condiciones o calidades personales excepcionales y por la misma razón excluye la realización de cualquier proceso de selección y su contratación se lleva a cabo de forma directa. Es decir, la administración requiere de los servicios de esa persona y no de otra. Dentro de éstos contratos están incluidos los trabajos de carácter artístico cuando ellos sólo pueden ser encomendados a determinadas personas naturales, reconocidas precisamente por sus condiciones personalísimas. En éstos casos también deberá justificarse la contratación, en razón de las condiciones excepcionales y particulares del contratista.

Con la modificación introducida en la Ley 1150 de 2007, se llenan vacíos existentes para la contratación de personas jurídicas que se justifican como *intuitu personae*. En lo tocante con la prestación de servicios, de conformidad con el literal d), numeral 1º, artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (hoy derogado) éste siempre había generado reflexiones por cuanto en criterio de algunas auditorías de la Contraloría, se consideraba que allí sólo se hacía referencia a personas naturales, no a las jurídicas; otros por el contrario, siempre hemos considerado que la Ley 80 de 1993 permitía contratar *intuitu personae* en ambas situaciones. Actualmente, el Decreto 2474 de 2008 hizo referencia a la posibilidad de celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión tanto con personas naturales como jurídicas como se explica a continuación:

El título del artículo separó con la disyuntiva “o” los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, de los trabajos artísticos que puedan encomendarse a determinadas personas naturales. Obsérvese que la disyuntiva introdujo una diferencia definitiva. En primer lugar se encuentran los “servicios profesionales y de apoyo a la gestión”, sin referencia alguna, al menos en el título, de los sujetos a quienes puedan encomendarse. Pero ya en la última parte del artículo, inmediatamente después de la conjunción disyuntiva “o”, se hace referencia a los contratos “para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.” De lo cual se hace evidente la autorización de celebrar este tipo de contratos (de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión) con personas naturales y jurídicas y se concluye que la exigencia de celebrar contratos de prestación de servicios exclusivamente con personas naturales, se circunscribe a la ejecución de trabajos artísticos.

4.4. CONTRATACIÓN CON PERSONA JURÍDICA

En relación con esta modalidad de contrato, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expediente 24715. Consejera Ponente: Dra. Ruth Estela Correa, precisó el ámbito, características y notas predominantes del contrato de prestación de servicios así: *“Es posible su celebración con personas naturales o jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas.”*

Ante la facultad que expresamente se confiere, surge entonces un interrogante: ¿Existen límites para que una entidad contrate servicios con personas jurídicas por la vía de la modalidad directa? Consideramos que si, las limitantes emanan del principio de transparencia previsto en la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 en virtud de los cuales, la regla general es la de licitación pública, que preserva los intereses superiores de conferir a todas las personas igualdad de oportunidades frente al Estado y la moralidad, entre otros. Así la contratación directa de servicios con persona jurídica será una posibilidad marginal que solo se puede presentar en los siguientes casos:

- A. Cuando esté debidamente demostrado y justificado que esa persona jurídica, es la única que cuenta con una experiencia, trayectoria, idoneidad y capacidad específica, para cumplir con un objeto determinado.

- B. Hoy en día hay personas naturales que tienen contratos o relaciones de exclusividad o de trabajo con una persona jurídica. En el evento en que la idoneidad y experiencia que se requiera sea la de esas personas naturales en condiciones aún más excepcionales, se puede contratar a la persona jurídica al amparo de ese contrato de exclusividad o vínculo laboral demostrado. Obviamente, la intervención de la persona natural tiene que ser cierta y no un medio para eludir la licitación.

4.5 EXIGENCIAS Y REQUISITOS

4.5.1 Exigencias Generales

- I. A partir de un estudio que realizamos con la Doctora Viviana Castañeda Aya, especialista de la línea de investigación Contratación Segura, los contratos de prestación de servicios no son ajenos a la regla general, según la cual, y en virtud del principio de la transparencia, la selección del contratista se realizará mediante el proceso de licitación pública. (Num. 1 Art. 2 Ley 1150 de 2007). El decreto reglamentario de la mencionada ley sólo autoriza la celebración de tales contratos en forma directa, *“con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate... (...) Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual”* (Art. 82 Decreto 2474 de 2008) para *“la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”*; igualmente, se autoriza *“para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales (...)”* (Literal h, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007).
- II. Se evidencia entonces que las condiciones normativas reglamentarias son: a). Que se trate de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. b). Para los cuales exista una persona natural o jurídica, que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato. c). Que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área que se contrate. d). Que se trate de servicios intelectuales. Razón por la que, de no presentarse estos supuestos la contratación no podrá realizarse de forma directa.

Hay casos donde no procede la contratación directa de servicios, por ejemplo, aquellos relacionados con el servicio de vigilancia, de aseo y cafetería que contratan las entidades estatales, los cuales, no pueden catalogarse como profesionales ni intelectuales, pues en los mismos no se tienen en cuenta las calidades de la persona jurídica como del sujeto, en razón a que estos servicios pueden ser prestados por

múltiples proponentes en las mismas condiciones de calidad y precio, y además, no se encuentra incorporado el requisito relacionado con la naturaleza intelectual a que hace referencia el artículo 82 inciso 2 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que para el primer caso la ley ha dado una regulación específica a la cual deben ajustarse todas las personas jurídicas que presten servicios de vigilancia, y para el segundo, se trata de la ejecución de un oficio propiamente dicho, que puede ser realizado por una persona que no posea ningún conocimiento intelectual específico.

La etapa previa a la suscripción del contrato se encuentra regida por los principios en que se enmarca la actividad administrativa y contractual, esto es, transparencia, economía, eficiencia, eficacia, responsabilidad y selección objetiva, para lo cual las entidades estatales deben propender por la consecución de los fines del Estado de una forma racional.

La planeación se vincula con el principio de legalidad, sobre todo en la etapa que precede a la formación del contrato; de igual manera, el principio de economía y el deber de planeación se encuentran consagrados en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que dispone que, con la debida antelación a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos.

La realización de estudios previos es una exigencia de carácter legal contenida en el Decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 3 sobre estudios y documentos previos establece los elementos mínimos que deben contener e implica la materialización de los principios enunciados. Para el contrato de prestación de servicios, los artículos 3 y 77 a 83 del mismo Decreto, establecen la exigencia de planeación de los procesos contractuales en la modalidad de contratación directa.

De conformidad con el citado artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, con la finalidad de garantizar el principio de planeación en los contratos de prestación de servicios, deberán cumplirse los requisitos allí establecidos. Si bien es cierto, la norma no se refiere a las modalidades de contratación directa ni en este caso se elaboran pliegos, la disposición normativa contiene las exigencias mínimas de todo proceso contractual con excepción del numeral 5.

- III. La contratación directa de prestación de servicios supone el cumplimiento de los siguientes presupuestos generales:
 - a. La descripción de la necesidad (causa del contrato) que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
 - b. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar (presupuesto esencial de todo contrato).

- c. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección (exigencia obvia).
- d. El análisis que soporta el valor estimado del contrato indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo (no hacerlo pone en riesgo el principio de economía y conmutatividad).
- e. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato (en estricto sentido el artículo 7 no se refiere a los estudios previos de la contratación directa pero las normas generales de contratación como el equilibrio económico nos llevan a la necesidad de estos análisis).
- f. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del contrato (pertinente para toda modalidad de contrato).

4.5.2 Necesidad de estudios previos y selección objetiva

Es importante señalar que, el Decreto 2474 de 2008 trae en varias disposiciones, arts. 3º y 77, como elemento mínimo de los procesos contractuales los estudios y documentos previos. De conformidad con el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, se podrá contratar directamente con la persona que esté en capacidad de ejecutar el objeto contractual y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario la obtención de varias ofertas. Pero ello no excluye que se realicen los estudios previos presupuesto esencial de una gestión contractual económica y eficaz.

Además, el hecho de que no se requiera de pluralidad de ofertas para proceder a la escogencia del contratista no significa que la selección deje de ser objetiva. Al respecto el Consejo de Estado⁵⁸ estableció que la selección objetiva consiste en: “...la escogencia de la oferta mas favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta (...) en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación publica (...)” .

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007 C.P Ruth Stella Correa Palacio

En consecuencia, deberá evidenciarse la realización previa de un análisis técnico que permita establecer que realmente se analiza el perfil y experticia de quien será contratado, garantizando la escogencia de quien sea más favorable a los intereses y necesidades de la Entidad, pero sin necesidad de plasmar “los factores de selección” ya que no es necesario escoger entre varios proponentes como ocurre en las otras modalidades de selección de contratistas.

Continuando con el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, regla esencial de la contratación pública observar el principio de legalidad. Los estudios previos deben contemplar la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar. Los contratos de prestación de servicios profesionales no se encuentran exentos de la exigencia de realizar un estudio de mercado, refuerza lo anterior la existencia de pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación⁵⁹ y del Consejo de Estado⁶⁰, concluyendo ambas Entidades que, en materia de contratación administrativa, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, no se encuentran exentos de la elaboración previa de un estudio de mercado por parte de la entidad interesada en adelantar la contratación, dado que, según el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, “(...) *no existe justificación legal alguna para que el patrimonio público sufra menoscabo e irrespeto a través del establecimiento de precios incoherentes con la realidad económica del servicio*”. Con este requerimiento, el legislador pretende que el valor estimado del contrato obedezca a criterios de razonabilidad y objetividad dejando a un lado la improvisación o subjetividad de la administración.

4.5.3 Los riesgos

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 regula el tema de la Distribución de Riesgos en los contratos estatales, y dispone ordenando que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se debe incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos pre-visibility involucrados en la contratación. Adicionalmente, el artículo 88 del citado Decreto 2474 de 2008 define como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo, añadiendo que el riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones

59 Procuraduría General de la Nación, Lecciones de derecho disciplinario Volumen I Instituto de Estudios del Ministerio Público, Nov. 6 de 2006, p. 95.

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 23569 del 13 de noviembre de 2003.

normales. De acuerdo con la normatividad citada, el tema de los riesgos hace parte del principio de planeación que debe contener toda actividad contractual y se debe dar, independientemente de la modalidad de selección de contratistas a aplicar.

Los riesgos son todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante la ejecución del contrato, puedan alterar su equilibrio financiero. Tipificar los riesgos implica identificar los que específicamente y de manera previsible puedan suceder durante la ejecución del contrato. Estimar su valoración implica realizar un cálculo de las consecuencias económicas de su posible ocurrencia. Por su parte, la asignación se realiza de acuerdo con su control o mitigación, esto es, será asumido como carga contractual por la parte que tenga una ventaja comparativa para controlarlo y responsabilizarse con su patrimonio por los costos de su eventual ocurrencia.⁶¹

La identificación de los riesgos entonces, implica que las partes realicen un listado de las circunstancias que puedan constituir riesgos previsibles, de acuerdo con la definición del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008. Para identificarlos como se ha dicho, basta acudir a las experiencias históricas o estadísticas en contratos similares, actividades, lugares y épocas comunes y realizarlo de manera previa a la contratación, acudiendo a las condiciones particulares fácticas, sociales y económicas propias de la necesidad a satisfacer con el contrato a celebrar.

En concordancia con estos requisitos mínimos de los estudios previos, y la exigencia de incluir el análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, vale la pena resaltar que se debe diferenciar los riesgos empresariales, de los riesgos del contrato y de los riesgos de incumplimiento contractual, estos últimos, objeto de las garantías estatales.

4.5.4 Las garantías

Las garantías están orientadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual que se deriven del incumplimiento del proponente o contratista. La Ley 1150 de 2007 dispone, en su Artículo 7, que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos, señalando que tales garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en

61 Esta tesis es compartida por el autor Mario Roberto Molano en *La Nueva Estructura de los Procesos selectivos en la Contratación Estatal*. 1ª edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica. 2009, págs. 144 - 150.

Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.

Por su parte, todo el tema relacionado con el reglamento de las garantías se encuentra en el Decreto 4828 de 2008, modificado por los Decretos 490, 931 y 2493 de 2009. Basta aclarar en este punto que este tema se relaciona con los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas en tres eventos:

- a. Con ocasión de la presentación de los ofrecimientos.
- b. Con ocasión de los contratos y de su liquidación.
- c. Los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

Estas materias, nada tienen que ver con la regulación de los riesgos a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, ya que se trata de eventos diferentes al rompimiento del equilibrio contractual, tal y como puede verse en los eventos previstos como riesgos de seriedad, incumplimiento o responsabilidad extracontractual tipificados en la reglamentación, como el buen manejo y correcta inversión del anticipo, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados o los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante, entre otros.

4.5.5 Exigencias especiales

4.5.5.1 Certificación de Inexistencia de Personal de Planta

Para el caso de prestación de servicios se aplican los requerimientos de los Decretos 26 de 1998 y 1737 de 1998 (modificado por el Decreto 2209 de 1998), que disponen que los órganos públicos sólo podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida con capacidad para realizar las actividades que se contratarán⁶².

62 En concordancia con la disposición contenida en el Artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 que dispone en su último inciso: *“Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”*. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-614 de 2009.

En cualquiera de los eventos analizados de prestación de servicios con persona natural o jurídica se mantiene la exigencia establecida por el artículo 1º del Decreto 2209 de 1998, según el cual para suscribir este tipo de contratos debe existir certificación del jefe del organismo que dé cuenta de alguna de las siguientes situaciones:

- a. Es imposible atender la actividad con personal de planta.
- b. Cuando el desarrollo de la actividad requiere grado de especialización.
- c. Existiendo personal de planta ese no es suficiente. Adicionalmente como se vio en el mismo documento de certificación o en otro adicional, la justificación debe ser suscrita por el ordenador del gasto haciendo mención a la idoneidad y experiencia para los servicios.

Igualmente, tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe de la respectiva entidad contratante, especificando que esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones por realizarse.

4.5.5.2 Prohibición especial acerca de la Remuneración

El artículo 4 del Decreto 1737 de 1998 (modificado por el artículo 2 del Decreto 2209 del mismo año) prohíbe que el pacto de remuneración para el pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, tenga un valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad. Para ello, el mismo decreto se encarga de definir la remuneración total mensual del jefe de la entidad, como aquella que corresponde a éste servidor en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Cabe resaltar que en este aspecto, el Decreto hace referencia exclusivamente a aquellos servicios comprendidos en el concepto de “*remuneración servicios técnicos*” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

4.5.5.3 Artículo 77 del Decreto 2474 de 2008

Esta norma dispone que cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

- a. El señalamiento de la causal que se invoca.

- b. La determinación del objeto a contratar.
- c. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
- d. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, mediante auto del 6 de agosto de 2009, Radicado 37.044, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, providencia ya en firme, se decretó la suspensión provisional de los efectos del parágrafo 2º del Artículo 77 de este Decreto, que excluía a la Prestación de Servicios del cumplimiento de este requisito previo adicional. *De otra parte, se destacan los siguientes requisitos legales precontractuales adicionales a los ya explicados:*

4.5.5.4 Libreta Militar y Cédula de Ciudadanía

De conformidad con lo establecido en el Artículo 111 del Decreto 2150 de 1995 (que modifica el Art. 36 de la Ley 48 de 1993), y no obstante, la prohibición para las entidades públicas de exigir a los particulares la presentación de la libreta militar, sí consagra el deber de verificar el cumplimiento de esta obligación en coordinación con la autoridad militar competente para la celebración de contratos.

Por su parte, el artículo 141 del mencionado Decreto 2150, dispone que para efectos de la celebración de contratos de prestación de servicios, bastará la presentación de la cédula de ciudadanía. Así será entonces para las mujeres.

4.5.5.5 Certificado de Disponibilidad Presupuestal

De acuerdo con lo dispuesto en el Numeral 6 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, previo a la suscripción de un Contrato de Prestación de Servicios, las entidades estatales iniciarán los procesos de suscripción de los mismos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. Lo anterior se encuentra reafirmado por el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el Artículo 23 de la Ley 1150 de 2007), que dispone que para la ejecución de los contratos se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes.

4.5.5.6 Formato Único de Hoja de Vida

De conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 190 de 1995, todo aspirante a celebrar un contrato de prestación de servicios debe presentar a la administración

el Formato Único de Hoja de Vida debidamente diligenciado, consignando la información relativa a su formación académica, su experiencia laboral, la inexistencia de cualquier hecho que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado, en caso de personas jurídicas se anexará el certificado que acredite la representación legal, y los certificados de antecedentes penales y disciplinarios que adelante se especifican.

4.5.5.7. Tarjeta Profesional

Para el ejercicio de ciertas profesiones, la normatividad exige la expedición de la Tarjeta Profesional respectiva. De acuerdo con el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, la ingeniería es una profesión cuyo ejercicio no es libre en razón de que exige formación académica y su ejercicio implica riesgo social, motivo por el cual el Estado impone requisitos para autorizar su desempeño, sin los cuales dicha práctica es ilegal. En este sentido, y de acuerdo con la Ley 842 de 2003, en todos los casos, cualquiera sea el vínculo o título con que se ejerza la profesión, la experiencia profesional en ingeniería, en Colombia, sólo es válida a partir de la matrícula profesional.

4.5.5.8 Antecedentes penales, disciplinarios y fiscales

De conformidad con el párrafo del artículo 1º de la Ley 190 de 1995, quien aspire a celebrar un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal deberá acreditar que no registra antecedentes disciplinarios o penales mediante la copia física o electrónica del correspondiente certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación o el DAS. Con la expedición de la Ley 1238 de 2008, *“Por medio de la cual se ordena la disposición gratuita de los Certificados de Antecedentes Disciplinarios y Judiciales para todos los efectos legales”*, el certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría, podrá ser consultado y descargado de la WEB respectiva, sin costo para el interesado.

Vale la pena resaltar que, de conformidad con el artículo 141 del Decreto 2150 de 1995, cuando sea suscrito el contrato de prestación de servicios con duración superior a tres (3) meses, la entidad pública procederá, dentro de los 15 días hábiles siguientes, a solicitar los antecedentes disciplinarios y judiciales. Haciendo una interpretación sistemática de las normas expuestas, se concluye que, este requisito puede ser cumplido una vez suscrito el contrato y no necesariamente deberá acreditarse previo a su suscripción. Lo anterior, en concordancia con el mismo Decreto 2150 de 1995 que dispone que en caso de verificarse que quien suscribió contrato de prestación de servicios está incurso en

antecedentes de cualquier naturaleza, se procederá a terminar el contrato de prestación de servicios⁶³.

De igual manera y de conformidad con el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, las entidades estatales deberán verificar que las personas con quien aspiren a celebrar contratos no se encuentren incluidas en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República, so pena de incurrir en causal de mala conducta; sin embargo, al igual que para el servicio militar, le corresponde a la entidad contratante la verificación y no al contratista su certificación.

4.5.5.9. Certificado de existencia y representación legal

Como se mencionó anteriormente, de conformidad con la Ley 190 de 1995, las personas jurídicas deberán presentar su Certificado de Existencia y Representación Legal actualizado. Este certificado acredita la existencia de la persona jurídica, su objeto social, su representante legal y las facultades a él otorgadas, situaciones que permiten verificar exigencias legales relacionadas con la idoneidad del contratista, la capacidad para presentar propuestas y obligarse con el Estado y la exigencia de duración mínima de la sociedad (art. 6 Ley 80 de 1993, art. 82 Decreto 2474 de 2008). Cabe recordar que la vigencia del certificado expedido por la Cámara de Comercio es de tres meses a partir de su expedición.

4.5.5.10 Parafiscales

Certificación de estar al día en el sistema integral de seguridad social y aportes parafiscales durante los últimos 6 meses expedido por el revisor fiscal cuando se requiera, o por el representante legal de la entidad. En el caso de personas naturales, el numeral 1 del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, establece que se considerarán como afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores

63 El artículo 141 del Decreto 2150 de 1995 que consagra esta disposición, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 14 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo; "... únicamente en cuanto no requería la firma de los demás ministros y directores de departamentos administrativos".

independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 26 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone que se considerarán como afiliados obligatorios al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes, entre otras, a las siguientes personas:

(...)

a) Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas Colombianas, incluidas aquellas personas que presten servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país.

b) Los servidores públicos(...)

Igualmente, el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, determina en su literal a), que son considerados como afiliados obligatorios al Sistema General de Riesgos Profesionales entre otras, las siguientes personas.

“1. Los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos...”

El artículo 282 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 114 del decreto 2150 de 1995, determina que las personas naturales que contraten con el Estado bajo la modalidad de prestación de servicios, no están obligadas a acreditar afiliación a los sistemas de salud y pensiones previstos en la ley, siempre y cuando la duración de su contrato sea igual o inferior a 3 meses.

Sin embargo, lo que determina el Decreto 2150 de 1995 (artículo 114) se relaciona con la no obligatoriedad de acreditar afiliación a los sistemas de salud y pensión en aquellos contratos cuya duración sea igual o inferior a 3 meses, pero no se refiere a la no obligatoriedad de estar afiliado, cosas que son completamente distintas.

Es decir, lo que se concluye es que, sí es obligatoria la afiliación a estos sistemas (salud y pensión) independientemente de la duración del contrato (1 mes, dos o tres meses) pero no es dable a la administración exigir la acreditación de la misma al momento de celebración del contrato; sin embargo, una vez suscrito el mismo de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 los contratistas del Estado deberán acreditar para cada pago que se encuentran al día en el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Por su parte, en el caso de personas jurídicas, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 establece la obligación de presentar la certificación suscrita por el representante legal o revisor fiscal según el caso, donde conste estar a paz y salvo por concepto de aportes a la seguridad social y de las contribuciones de nómina (pago de salud, pensión, riesgos profesionales, cajas de compensación familiar, ICBF, SENA, etc). Este requisito debe acreditarse para cada pago, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

4.5.5.11 Registro Único Tributario

De acuerdo con lo estipulado en los Decretos 2788 de 2004 y 4243 de 2004, el Registro Único Tributario, RUT, establecido por el artículo 555-2 del Estatuto Tributario, constituye el único mecanismo para identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por lo que concluimos que, todas las personas jurídicas y naturales deberán presentar previo a la contratación su RUT debidamente actualizado y certificado por la DIAN.

4.5.5.12 Consulta SICE (Acuerdo 0004 de 2005. Excepción)

De conformidad con el Lit. a) del Artículo 18 del Decreto 3512 de 2004, se establece la excepción temporal del cumplimiento de la normatividad del SICE, para un proceso contractual determinado de servicios u obra pública, cuando los códigos involucrados en dicho proceso no se encuentran en su totalidad codificados hasta nivel de ítem, es decir, hasta el quinto nivel de desagregación. El Acuerdo 0004 de 2005 del Comité para la Operación del Sistema, señala que se exceptúan de manera temporal de las obligaciones frente al SICE, los procesos contractuales de prestación de servicios y obra pública no codificados en su totalidad hasta nivel de ítem (Propiedades y Especificaciones) en el CUBS. En este caso, si los servicios a contratar no se encuentran en ese nivel de desagregación, no deberá cumplirse tal obligación. Sin embargo, vale la pena resaltar en este punto, que en términos prácticos, para determinar si están o no desagregados se deberá acudir a la consulta de este Sistema, por lo que se interpreta que se trata de un requisito adicional a cumplir previamente a la suscripción de un Contrato de Prestación de Servicios. La consulta al SICE fue suspendida temporalmente por decisión de la Contraloría General de la República por fallas en la operación del sistema.

i). “El arrendamiento o adquisición de inmuebles”

El Decreto 2474 de 2008 estableció en el artículo 83, modificado por el artículo 4º del Decreto 3576 de 2009, que sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes de reforma urbana y reforma agraria, las entidades estatales podrán adquirir, previas las autorizaciones a que haya lugar, bienes inmuebles mediante negociación directa. Para efectos de la adquisición de inmuebles, las entidades estatales solicitarán un avalúo comercial que servirá como base de la negociación. Dicho avalúo podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.

De igual manera, la entidad pública adquirente deberá contar con un estudio previo, que contemple diferentes alternativas en el sector o en el municipio de que se trate, en el evento que en el mismo se encuentren inmuebles de similares características, caso en el cual deberán ser comparadas para elegir la de menor costo de acuerdo a las características técnicas requeridas. En relación con el contrato de arrendamiento, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas. Del análisis que haga la entidad a efecto de establecer las condiciones de mercado, se dejará constancia escrita en el respectivo expediente de la contratación.

Se entiende que la causal a que se refiere el literal i) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, comprende la posibilidad para la entidad estatal de hacerse parte de proyectos inmobiliarios, prescindiendo del avalúo a que se refiere el presente artículo, debiendo en todo caso adquirir el inmueble en condiciones de mercado.

La aplicación de esta causal ha sido fuente de procesos penales por celebración de contratos en beneficio de terceros. El punto clave para condenar o absolver a quienes venden y compran un inmueble de alto costo es el peritaje técnico. De ahí la importancia de contar con sólidos estudios previos.

5. ALGUNOS ASUNTOS RELEVANTES

5.1. OTROS SUJETOS ESPECIALES

Dentro de otros asuntos que vale la pena destacar, resulta importante mencionar que con la Ley 1150 de 2007 se presentan otras modificaciones a regímenes normativos especiales:

- El artículo 16, el cual establece que las entidades Hotel Tequendama, Satena, Indumil, Cotecmar y Ciac son exceptuadas de las leyes de contratación.
- Por otro lado, nuevas entidades son sometidas a la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, entre ellas se encuentran las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, asociaciones de municipios (artículo 10), las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 24), el Fondo Nacional para el Desarrollo FONADE (artículo 26).
- Ahora bien, en tratándose de la contratación con organismos internacionales, el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 ha dispuesto que se aplicará el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en aquellos contratos en donde la cooperación no sea igual o superior al 50% de la contrapartida nacional; de tal manera que se podrán excluir de aplicar las normas de contratación, aquellos contratos en donde los costos del proyecto que aporta el organismo cooperante sean iguales o superiores al 50%. De otra parte, en los incisos 2º, 3º y en el párrafo 1º del citado artículo 20 se introducen varias excepciones a esa regla, ello puede configurar otro privilegio a ciertos sectores. Este último tratamiento especial o discriminatorio puede entrar en contradicción con el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta y con la sentencia C-249 de 2004, que establece los parámetros constitucionales del régimen de cooperación.

5.2. EL RUP Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO

A partir de un estudio que realizamos con la Doctora Diana Marsella Lozano, especialista de la línea de investigación Contratación Segura, expondremos las siguientes consideraciones

en relación con el Registro Único de Proponentes –RUP. Inicialmente, el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 dispuso que todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se deben inscribir en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

Así, corresponde a las Cámaras de Comercio efectuar la verificación documental de la información aportada por los proponentes relativa a los requisitos habilitantes, su calificación y clasificación. La verificación documental es el cotejo entre la información consignada en el formulario y la documentación aportada para soportarla. Una vez surtida la verificación, se registra o asienta la información correspondiente en el RUP.

En dicho registro debe constar la información relacionada con las condiciones de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que fueron verificadas, así como, su calificación y clasificación. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito. La información contenida en el registro es pública, de tal forma que cualquier persona tiene derecho a consultar de manera gratuita los documentos que reposen en éste, y a obtener copia de la información contenida en el registro y a solicitar que se expidan las certificaciones sobre la información que en él reposa, previo el pago de los derechos establecidos a favor de las cámaras de comercio.

No se requiere de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponde a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

5.2.1. El régimen de transición

Este tema de tanta importancia está sometido a normas de transición o provisionales que poco contribuyó a la seguridad jurídica. Así, el Gobierno Nacional expidió inicialmente el Decreto 4881 de 2008 reglamentando el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007

sobre la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el RUP a cargo de las Cámaras de Comercio y, posteriormente, expidió los Decretos 836, 1520, 2247 y 3083 de 2009, adicionando el reglamentario de la Ley 1150 de 2007 en esta materia. La Ley 1150 de 2007 encargó a las Cámaras de Comercio del país la verificación documental de las condiciones de los proponentes y su inscripción en el RUP, correspondiendo a tales proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1464 del 29 de abril de 2010, *por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes RUP y se dictan otras disposiciones*, derogando el Decreto 4881 de 2008, y los Decretos 836, 1520, 2247 y 3083 de 2009 y unificando en una sola normatividad todo lo relativo al RUP.

El Decreto 4881 de 2008 estableció originalmente un régimen de transición para la inscripción en el RUP, cuando se hubiere realizado de conformidad con el Decreto 92 de 1998, hasta el 31 de marzo de 2009 y a partir del 1 de abril de 2009, de conformidad con la nueva reglamentación en materia de clasificación. Dicho régimen de transición establecido en el derogado Decreto 4881 de 2008 fue modificado parcialmente por el Decreto 2247 del 16 de junio de 2009 y modificado nuevamente mediante el Decreto 3083 de 2009 que declaró vigentes hasta el 31 de diciembre de 2009 las inscripciones realizadas hasta el 31 de marzo de 2009.

Actualmente, el Decreto 1464 de 2010, el cual derogó las anteriores disposiciones, establece en su artículo 54 que quienes se encontraban inscritos en el Registro Único de Proponentes al 31 de marzo de 2009, inclusive, que solicitaron su nueva inscripción en el RUP hasta el 15 de diciembre de 2009, y la misma aún no está en firme, podrán presentar a las entidades públicas el certificado expedido en virtud de la vigencia del Registro Único de Proponentes que tenían vigente a 31 de marzo de 2009. Tal certificado deberá señalar que la información no ha sido objeto de verificación. Así mismo, deberá indicar la fecha en la que el proponente presentó su solicitud de inscripción. Corresponderá en este caso a la entidad contratante verificar directamente las condiciones del proponente y solicitar la información respectiva.

De esta forma, quienes se encontraban inscritos en el Registro Único de Proponentes al 31 de marzo de 2009, y que no hubieran solicitado su nueva inscripción, tuvieron plazo de presentar ante las Cámaras de Comercio el formulario de inscripción y los documentos de soporte objeto de verificación hasta el 15 de diciembre de 2009. A su vez, quienes se

encontraban inscritos en la misma fecha (31 de marzo) y hubieren solicitado su nueva inscripción, así como quienes lo hicieron hasta el 15 de diciembre de 2009 y la inscripción aún no está en firme, pueden presentar a las entidades públicas el certificado expedido en virtud de la vigencia del Registro declarado como vigente hasta el 31 de marzo de 2009, y en todo caso el certificado señalará que no se ha efectuado la verificación de la información.

Los nuevos proponentes que no se encuentren inscritos en el RUP, deberán cumplir las exigencias del Decreto 1464 de 2010, así mismo quienes no hubieran actualizado su registro.

5.2.2. De la clasificación y calificación de los inscritos

La clasificación de los proponentes se divide en:

- Constructores: Actividad en la que se clasifican los proponentes en los contratos de obra, de conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Consultores: Actividad en la que se clasifican los proponentes en los contratos de consultoría, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008.
- Proveedores: Actividad en la que se clasifican los proponentes cuando la misma no corresponde a la de constructor o consultor.

Los proponentes se podrán clasificar en una o varias actividades, especialidades o grupos en un mismo acto de inscripción. La calificación ha sido definida por la normatividad vigente como la cantidad de puntos que le corresponde a cada inscrito en el registro y la fijación de un monto máximo de contratación o capacidad de contratación (K), que es establecida por cada registrado al momento de realizar, actualizar o renovar su inscripción. Por su parte, la capacidad residual es la capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación, la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista y cuyo cálculo deberá ser exigido por las entidades estatales en el momento en que se presente la propuesta dentro de cada proceso de selección.

Dentro de la información requerida para la inscripción, actualización y renovación, los interesados en contratar con el Estado, deberán consignar sus datos principales (Nombre, razón social y duración de la persona jurídica, NIT, facultades del representante legal, domicilio principal y dirección para notificaciones, número del registro para entidades sin ánimo de lucro o de la matrícula mercantil, datos del reconocimiento de la personería

jurídica), profesión, información financiera consolidada (activos y pasivos totales y corrientes, patrimonio expresado en pesos y en SMMLV, liquidez y endeudamiento). Relación del personal vinculado a la actividad en la que se clasifique el proponente, clasificación como constructor, consultor y/o proveedor y las especialidades y grupos correspondientes, calificación (K) que se otorga de acuerdo con la fórmula y las tablas establecidas en el Decreto 1464 de 2010 y años de experiencia probable en la actividad específica.

Los proponentes se autocalificarán en su respectiva clasificación, mediante la evaluación de los factores de Experiencia Probable (E) Capacidad financiera (Cf) Capacidad técnica (Ct) y Capacidad de organización (Co), con base en los cuales se establecerá el monto máximo de Contratación (K) para un año en términos de S.M.M.L.V. A cada factor corresponde un máximo puntaje determinado por clase (constructor, consultor o proveedor) y de conformidad con los máximos establecidos en la reglamentación.

La calificación de los proponentes se realiza de conformidad con los siguientes factores:

a. Constructores. La distribución de los pesos en los factores es el siguiente:

Se observa que la capacidad financiera es más del doble de la experiencia y el potencial técnico, lo cual privilegia el músculo financiero

de una empresa, pero no su idoneidad, estimamos que esta ponderación es un exceso que privilegia capital inconveniente, ya que va en detrimento del conocimiento (experiencia y capacidad técnica). La actividad de obra no es un asunto financiero, es de orden técnico y de experiencia.

Criterio	Puntaje máximo
Experiencia Probable (E)	350
Capacidad financiera (Cf)	800
Capacidad técnica (Ct)	350
Total	1.500

b. Consultores. La asignación de pesos es la siguiente:

En este caso sí se privilegia que se cuente con experiencia, aspecto muy positivo y coherente.

Criterio	Puntaje máximo
Experiencia Probable (E)	750
Capacidad Financiera (Cf)	300
Capacidad Técnica (Ct)	450
Total	1.500

c. Proveedores. En este último caso se distribuyen los pesos así:

Criterio	Puntaje máximo
Experiencia Probable (E)	100
Capacidad financiera (Cf)	200
Total	300

Nuevamente se incurre en el exceso de privilegiar lo financiero frente a los otros criterios de idoneidad.

De conformidad con el Decreto 393 de 2002, modificado por el Decreto 1690 del 13 de mayo de 2009, las tarifas para el Registro Único de Proponentes para el año 2010 son de \$344.000 para la inscripción y \$184.000 para la actualización o modificación. Si se comparan estas tarifas con las del año 2008 antes de la entrada en vigencia del Decreto 1690, se aprecia que se aumentó el porcentaje del valor de las tarifas a favor de las Cámaras de Comercio por concepto de inscripción, renovación, actualización o modificación de la inscripción en el registro de proponentes y la expedición de certificados, mantuvo la tarifa correspondiente a la expedición de copias, y eliminó, en concordancia con la gratuidad establecida en la Ley 1150 de 2007, las tarifas por concepto del formulario para la inscripción, renovación, actualización o modificación, el boletín de la información relativa a procesos de selección y la impugnación de la calificación o clasificación. Ahora bien, con el aumento significativo de contratos que requieren el registro se incrementará sustancialmente las sumas a recibir por concepto del RUP.

5.2.3. Certificado

El certificado es el documento expedido por las Cámaras de Comercio que da cuenta de la inscripción del proponente en el Registro Único de Proponentes, en el que debe constar la información relativa a: datos introductorios (nombre de la Cámara de Comercio y fecha de la certificación), datos de existencia y representación del proponente, datos sobre la clasificación, datos sobre la calificación y la capacidad máxima de contratación, datos sobre la capacidad financiera, capacidad técnica, datos sobre multas y sanciones de los últimos 5 años en contratos estatales, y los datos de la información reportada por las entidades estatales sobre contratos en ejecución. Dicho certificado debe señalar expresamente la información que fue objeto de verificación por parte de las cámaras, indicando de manera expresa los campos del mismo que no están sujetos a dicha verificación. La certificación expedida por la Cámara de Comercio es plena prueba de la información verificada documentalmente y cuyo registro se encuentre en firme.

Respecto a la firmeza del registro, es preciso tener en cuenta que el artículo 44 del Decreto 1464 de 2010 consagra el recurso de reposición contra el acto de inscripción, con la finalidad de que se aclare, modifique o revoque, y deberá referirse exclusivamente a la función de verificación documental que le asiste a la Cámara, y procederá igualmente contra la actualización y renovación, pero sólo respecto de los asuntos nuevos que se inscriban. Este recurso deberá interponerse dentro de los 30 días siguientes a la publicación de la inscripción.

Al ser el certificado un acto administrativo que goza de fuerza ejecutoria, el mismo quedará en firme únicamente cuando se presente uno de los presupuestos contenidos en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone que los actos administrativos quedarán en firme: 1) Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, 2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, 3) Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos, 4) Cuando haya lugar a la perención o, 5) cuando se acepten los desistimientos. En consecuencia, el registro que efectúan las Cámaras de Comercio quedará en firme cuando hayan transcurrido 30 días desde la publicación de la inscripción y no se haya interpuesto contra éste recurso de reposición, ó cuando se haya decidido el recurso de reposición.

Cuando se renueve o actualice el Registro Único de Proponentes, la información que se modifica estará vigente hasta que el acto de inscripción correspondiente de la nueva información quede en firme. Cuando se presente una modificación en los datos que obren en el registro único de proponentes, respecto de aspectos diferentes de aquellos que por ley deban haberse informado al registro público mercantil o al registro de entidades sin ánimo de lucro, el interesado podrá comunicarla a la Cámara de Comercio respectiva mediante el diligenciamiento de los campos a modificar del formulario correspondiente, acompañado de los documentos pertinentes que acrediten las modificaciones. Las Cámaras deberán verificar documentalmente tal información con el fin de que conste en los certificados que expidan. Para efectos de renovación, actualización o modificación, se deberán aportar aquellos documentos que sean el soporte de los datos que se vayan a cambiar. En relación con los datos que no hayan perdido vigencia, la información y documentación que se haya diligenciado o aportado con anterioridad seguirá sirviendo de soporte.

La inscripción en el registro estará vigente por el término de un año, contado a partir de la fecha del acto de su inscripción como proponente, y se renovará anualmente dentro del mes anterior al vencimiento de cada año de vigencia de la misma. Si el interesado no solicita la renovación del registro único de proponentes dentro del término establecido, cesarán sus efectos hasta tanto vuelva a inscribirse. La cesación de efectos no tiene carácter

sancionatorio y en consecuencia la existencia de periodos continuos de permanencia en el registro no podrá ser exigida como requisito para celebrar contratos. La cesación implica la no expedición de certificados, sin perjuicio de que la Cámara de Comercio mantenga la información histórica del proponente.

La verificación de la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes como requisitos habilitantes para la participación en un proceso de selección, se debe demostrar exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deben constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación solo podrán exigir la información y documentación que no sea objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 1464 de 2010, o la que se requiera para constatar requisitos adicionales de los proponentes cuando las características del objeto a contratar así lo exija.

5.2.4. Abstención de la inscripción, actualización o renovación

Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, ésta se debe abstener de realizar la inscripción, renovación o modificación que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar. Así las principales obligaciones para las Cámaras de Comercio con el nuevo régimen son las siguientes:

1. La verificación documental para realizar todas las inscripciones en el RUP de las personas naturales o jurídicas que contratan con el Estado.
2. Resolver impugnaciones ordinarias: Todo acto de registro será materia de reposición durante los 30 días siguientes a la publicación y como el medio para rechazar o habilitar a los proponentes es el RUP, hay diversas impugnaciones, como se vio.
3. Resolver impugnaciones extraordinarias: En el curso del proceso licitatorio la entidad pública puede solicitar de manera oficiosa a la Cámara de Comercio la revisión del Registro, ello suspende por 30 días el proceso de selección. Este evento sucede y la presión para que sea resuelto con certeza es alta.
4. Contestar demandas: Como quiera que el acto de registro es demandable por vía de nulidad y restablecimiento, se presentan dos tipos de pretensiones. De una parte, las que buscarán mejorar la calificación y que buscan indemnizar por la pérdida de oportunidades o daños inmateriales, good will, etc. De otra parte, aquellas empresas que

en el curso de un proceso se vean perjudicadas por la mora de la Cámara al resolver el recurso o por hacerlo en forma equivocada.

5. La revocatoria del registro: Asunto sancionatorio del interesado en ser registrado que presente información inconsistente, lo cual conlleva la inhabilidad para el empresario de contratar con el Estado por un término de 5 años.

5.2.5. Información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos

Las entidades estatales deben enviar mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados. El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

5.2.6. De la impugnación de la calificación y clasificación

Realizada la verificación de la información documental por la respectiva Cámara, ésta publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona puede interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los treinta días siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible debe prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procede el recurso de apelación. En firme la calificación y clasificación del inscrito, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el juez de lo contencioso administrativo en única instancia. La presentación de la demanda no suspende la calificación y clasificación del inscrito, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma solo tendrá efectos hacia el futuro.

Cuando en desarrollo de un proceso de selección, una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del Registro que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la clasificación y calificación del inscrito, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción

de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de treinta días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP. Esta suspensión puede llegar a ser un instrumento dilatorio del proceso de selección.

En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias que hayan alterado en su favor la calificación y clasificación del inscrito, se le cancelará la inscripción en el registro, quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilitación será permanente. Igua- les sanciones se predicarán en el evento en que el Juez de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto de inscripción.

5.2.7. Personas extranjeras

No requieren estar inscritas en el Registro Único de Proponentes las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, de tal forma que sus condiciones serán verificadas por la entidad contratante, de conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 4º y el artículo 53 del Decreto 1464 de 2010.

Por su parte, las personas naturales o jurídicas domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deben inscribirse en el Registro Único de Proponentes. Las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia deben inscribirse ante la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrita la sucursal.

Para efectos de verificar la información sobre las condiciones financieras de las personas jurídicas extranjeras, debe presentarse como soporte el último balance general y el estado de resultados de la persona jurídica extranjera que se inscriba como proponente. Estas cifras deben presentarse en moneda colombiana, de conformidad con los artículos 50 y 51 del Decreto 2649 de 1993, *“por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”*, en concordancia con las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Para efectos de la clasificación de las personas extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia como proponente: constructor, consultor, o proveedor, es necesario que la persona

extranjera presente los documentos descritos en el artículo 52 del Decreto 1464 de 2010, o sus equivalentes en el país respectivo, caso en el cual debe acompañar una declaración escrita en la que se indique que los documentos aportados equivalen a los solicitados, así como la actividad y la especialidad que corresponda de acuerdo con las tablas señaladas en el citado decreto.

5.3. USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Un rasgo dominante de la reforma y a la vez uno de sus más significativos avances es el uso de medios electrónicos en la contratación pública, hecho que bien administrado contribuye a la democratización del derecho. Al respecto, expertos en el uso de documentos digitales advierten que *“Colombia no puede ser indiferente ante dichos cambios y herramientas electrónicas avanzadas. Es por ello importante resaltar que nuestro país cuenta desde hace 8 años con la Ley 527 que valida jurídica y probatoriamente los mensajes de datos y documentos electrónicos en cualquier entorno, incluyendo entre ellos la administración pública, aportando los principios fundamentales en materia de aseguramiento jurídico y tecnológico que este nuevo canal transaccional requiere.*

La administración electrónica implica el uso de Internet para el desarrollo de servicios públicos rápidos e interactivos. Esta acepción incluye dos aspectos complementarios: Por un lado, los ciudadanos están bien informados y bien atendidos (e-government services). Por otro lado, los ciudadanos pueden participar activamente en los procesos públicos; este segundo aspecto nos lleva al concepto de democracia electrónica (e-democracy proceses), los cuales han sido implementados con éxito en otros países⁶⁴.”

Cuando se analizan las dimensiones del uso de tecnologías en el derecho, cobra vigencia Norberto Bobbio quien hace dos décadas llamó la atención de la comunidad académica en su libro “El Futuro de la Democracia”, al reflexionar sobre los obstáculos de este sistema político en donde la globalización, complejización y burocratización contemporáneas, alejan la efectividad del Estado verdaderamente democrático. Ante esta crisis en el conocimiento masivo y simple de una especialidad del derecho cada día más compleja, fragmentada y difusa de los contratos estatales, la administración electrónica es una solución eficaz y democrática.

Precisamente ello llevó al Instituto Seguridad Jurídica y Probidad, ISJP, a realizar proyectos de cooperación con la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, Certicámara

64 BELLO ZULUAGA, Marcela y RINCÓN, Erick, “El reto de las comunicaciones” en Asuntos Legales Diario La República, Lunes 14 de Julio de 2008. Bogotá

y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco de los cuales, se elaboró y publicó un compendio analítico de las reglas de contratación denominado “Contratación Segura”, como primer paso hacia un segundo eslabón del “Estatuto Virtual”. El director de esa investigación es el autor de este escrito, este trabajo es un desarrollo aplicado del doctorado que realiza en la Universidad Externado de Colombia.

5.4. EL SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, éste con todas sus funcionalidades propuestas como la del “expediente virtual” seguirá operando el portal único de contratación; es difícil la transición, pero también es urgente. El rol del SECOP es:

- Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.
- Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía.
- Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos.
- Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que éste pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.
- En ningún caso se dispondrá la creación de alguna entidad para la administración del SECOP.
- El SECOP será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.
- Su sostenimiento estará dado por los recursos que se generen por el pago de los derechos de publicación de los contratos por cuanto se destinarán en un diez por ciento (10%) a la operación.

- Resulta una interesante propósito el de racionalizar y simplificar, en un ambiente de gobierno en línea real, que materializará Gobierno en Línea del Ministerio de Comunicaciones.

5.5. LECCIONES APRENDIDAS PARA MEJORAR

He vivido el proceso de reforma al régimen jurídico de la contratación desde sus orígenes; por cuanto fui delegado por el Contralor Antonio Hernández Gamarra para su seguimiento en el Congreso y con el ejecutivo hasta septiembre de 2006; siempre lo analizo desde la academia, Universidad Externado; la Seguridad Jurídica hace parte de mi investigación doctoral y la apliqué como Secretario General, ordenador del gasto, en la Procuraduría General de la Nación y hoy en día como Auditor General de la República cuando vigilo la contratación que realizan las 63 Contralorías del país, y a la vez cuando vigilo que éstas realicen un control fiscal eficaz y eficiente a la contratación. En esta cuádruple condición realizo unas reflexiones finales:

- Como lo indiqué en la primera parte de este estudio, si la actividad legislativa no es técnica y sistemática, ni ofrece oportunidades de participación ciudadana, el Estado carece de estabilidad jurídica y de legitimidad en sus reglas. En este caso la dispersión y la proliferación normativa son un alto riesgo para los operadores de la contratación, precisamente la prevención es uno de los pilares del centro de pensamiento Instituto Seguridad Jurídica y Probidad, ISJP, que fundamos en el año 2006. De ahí los proyectos denominados “Contratación Segura” y “Estatuto Virtual”, que ya expliqué en la parte inicial de este documento.
- Cambiar la ley y los reglamentos con acierto es importante, sin embargo, ello no es suficiente; paralelamente se debe continuar la formación de contratistas y funcionarios desde lo práctico y hasta lo ético y sancionatorio, sin declinar un ápice en el control, en la rendición de cuentas y en la imposición de sanciones justas y ejemplarizantes. Por ello, en una línea preventiva en la parte final de este estudio se analizan los riesgos de la contratación.
- Intereses de lucro indebido rondan la contratación del Estado. Su sofisticada corrupción, improvisación, despilfarro, inseguridad jurídica e inmensos riesgos deben controlarse para dar una buena destinación a los 60 billones de pesos que se contratan con presupuestos públicos o recursos estatales, manejados por entidades, empresas y particulares.
- Existen altos niveles de inseguridad jurídica, impericia y falta de planeación, lo cual redundan en altos costos fiscales. Tales disfuncionalidades se reflejan incluso en la ausencia de

idoneidad de quienes tienen a su cargo la facultad de ejecutar presupuestos supremamente abultados. Y qué decir de las nóminas paralelas, a pesar de que las Altas Cortes acaban de ratificar su prohibición, aún se mantiene esa vieja y endémica costumbre.

- La práctica cada vez más frecuente de prórroga de concesiones no sólo supone, en la gran mayoría de los casos, vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia, sino que también afecta la igualdad y la racionalidad económica descartando la oportunidad de nuevos concesionarios con mejores condiciones, práctica que puede rayar con una corrupción de cuello blanco.
- Propongo como prioridad poner en cintura la defensa judicial del Estado para que sea especializada y frene actuaciones prejudiciales o extrajudiciales tramposas y desmesuradas de algunos contratistas, ya que es muy preocupante que el pasivo contable por demandas ante la jurisdicción contenciosa sea superior a los 140 billones.
- Fortalecer las precarias instancias de control interno a la contratación, integrándolo además con las contralorías y el ministerio público, así como, dotándolo de guías metodológicas, herramientas tecnológicas y recurso humano especializado, son algunas de las varias estrategias propuestas por la Auditoría General de la República para optimizar dichos controles.
- Muchos temas están entre el tintero. Acelerar la puesta en funcionamiento del Sistema Electrónico de Contratación, SECOP y su link de normatividad, instrumentos democráticos de publicidad y eficiencia. Replantear el pesado SICE. Realizar un estricto control a los anticipos, por parte de la respectiva entidad, para evitar su inversión inadecuada o fraudulenta. Limitar la posibilidad de que funcionarios sin formación certificada en contratación, celebren los negocios jurídicos, son prioridades que es urgente abordar para garantizar procesos de contratación confiables.
- No es mediante la creación de figuras bautizadas imperialmente, como la del zar anti-corrupción, sino mediante un auténtico compromiso de las distintas esferas del Estado y su coordinación permanente, que estos flagelos y los carteles, bandas criminales o prácticas monopolísticas, han de desaparecer. Esto es de fondo, regular que una Unidad de Control a la Contratación Interestatal, ataque delitos como el lavado de activos. En fin, es necesario consolidar una sólida institucionalidad.
- La Contraloría General de la República a partir de miles de hallazgos en contratación está en mora de levantar un completo mapa de riesgos fiscales, disciplinarios y penales, al vigilar más de 500 sujetos. Es inaplazable que se vincule al ejercicio de una mayor prevención y un control sistemático en tiempo real.

- Y lo fundamental, que estas propuestas y otras sean valoradas en el marco de una política de Estado. Resulta que la reforma que culminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007 perdió ese norte. En sus inicios, en el año 2004, se le dio ese carácter cuando vinculó a los órganos de control de primer nivel. Hasta el 2006 tuvo esa altura en el Senado, pero al final, en la Cámara, se redujo a reforma menor y confusa que terminó con la creación de una comisión intergubernamental sin alto rango estatal.
- Hoy, las normas reglamentarias de las leyes de contratación ascienden al absurdo de 74 decretos, que contienen 3.195 reglas contractuales, 26 normas suspendidas y 12 ya anuladas por la justicia, ante su evidente contradicción con las leyes. Es apremiante, evaluar los errores cometidos y lo que aún está pendiente y a partir de allí tomar medidas como la de preparar un decreto reglamentario único, estudiado por diversos expertos y los organismos de control, marginados éstos de los intereses que rondan la contratación.
- En suma, para alcanzar los logros del nuevo gobierno, sería muy positivo que el Señor Presidente lidere una política pública “transversal” con los organismos de control, la justicia y los especialistas para que propongamos un Acuerdo Estatal de Control, Reforma y Buenas Prácticas en la Contratación Estatal, que promoveremos con todo nuestro compromiso para lograr efectividad, economía, transparencia, eficiencia, control público y social. Medidas que deberán tener los aportes esenciales de la Contraloría General de la República, que también ha iniciado un nuevo cuatrienio.

6. EL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACION Y SU VISIBILIDAD

Esta sección del manual es un asunto central como quiera que está referido al tema del control fiscal en materia de contratación. Para ello lo hemos dividido en las siguientes secciones: Se realizará el análisis de las normas que se relacionan con la gestión fiscal contractual. Luego, se explicarán los fundamentos de las acciones que la Auditoría General de la República promueve en esta materia. Finalmente, se hará referencia general a los instrumentos conceptuales y de control que resultan aplicables.

6.1. LA GESTIÓN FISCAL EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

Como se analizó en la primera sección de este Manual, la gestión contractual en Colombia está enmarcada en tres criterios, uno que es objetivo o material, a saber: sin importar la naturaleza de una persona, siempre que ésta disponga el manejo o administración de recursos públicos y en tal condición celebre un acuerdo de voluntades con otra persona y que produzca efectos jurídicos sobre tales recursos, está celebrando un contrato estatal; en un sentido amplio es un gestor fiscal contractual. Colombia en medio de un estatuto de contratación y una diversidad de normas excepcionales sobre la contratación, cuenta con una trilogía de regímenes, todos relacionados con el manejo o administración de recursos públicos: Uno, la contratación estatal en un sentido estricto, el del Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, que aplica el concepto de Contrato Estatal en sentido estricto y con reglas especiales de control fiscal según el artículo 65 de la Ley 80 de 1993. Dos, una contratación estatal en un sentido amplio o general, que comprende todos los regímenes contractuales excepcionales sometidos al derecho privado y normas especiales por parte de entidades públicas, estos últimos son regímenes de derecho privado pero que en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 están sometidos a principios constitucionales, inhabilidades e incompatibilidades, que le dan un marco de transparencia y de control fiscal al tener que aplicar precisamente los principios del artículo 267, de la gestión fiscal: economía, eficacia, eficiencia, equidad y la valoración de los costos ambientales. Tres, las personas que siendo particulares u organizaciones privadas contratan con recursos

públicos y se someten a los principios de la gestión fiscal para la buena administración de esos recursos y por ende están sometidos al control por las contralorías. Los dos últimos regímenes también se someten al control fiscal según las normas generales, como se verá.

La contratación en cualquiera de esos tres escenarios es una gestión fiscal como quiera que se dispone de recursos públicos para actividades orientadas a cumplir y apoyar los fines estatales, para prestar servicios públicos, para atender funciones públicas o administrativas, para materializar los derechos que el Estado confiere a los habitantes del territorio, o, para desarrollar o ejecutar proyectos o políticas públicas. Tales finalidades tienen fuente en la constitución, en la ley, el reglamento, en los actos administrativos, generales, individuales e incluso en otros acuerdos de voluntades. Es decir, siempre hay un título normativo que habilita a los funcionarios públicos o a los particulares para que dispongan de los recursos públicos, la personas que tienen ese mandato son gestores fiscales como quiera que administran tales recursos.

El concepto de control al gestor fiscal contractual es de orden constitucional, arts. 267 y 268, y además autónomo de otras modalidades de gestión como la pública y de responsabilidad.

Por regla general el contratante con recursos públicos es gestor fiscal en cambio el contratista lo es según el alcance de sus deberes u obligaciones y según disponga o se apropie del erario. La Ley 610 de 2000 realizó una definición conceptual sobre gestión fiscal, y enlistó una serie de actividades eminentemente enunciativas, en donde podrían enmarcarse muchas de las obligaciones y deberes aplicables a los contratantes y contratistas. El artículo 3 de la citada Ley establece: *“GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”*

En vigencia de la anterior Constitución de Colombia la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de febrero de 1977, se ocupó de diferenciar la gestión fiscal en el ámbito del manejo o administración de los bienes y de los fondos públicos, indicando que la gestión fiscal consiste en afectar el patrimonio público, es decir, que en las actuaciones relacionadas con ésta necesariamente están inmersos los recursos públicos. En criterio del autor, la gestión fiscal es: *la administración de los recursos públicos con el objeto*

*de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, con estricto cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales. El incumplimiento de este deber de cuidado y salvaguarda por parte de un gestor fiscal, implica su consecuente responsabilidad, para lo cual deberá resarcir los detrimentos causados sobre el patrimonio público*⁶⁵. Ese concepto de afectación consideramos tiene plena vigencia y es ilustrativo en la órbita contractual, cabe entonces preguntarse en cada contrato quién es el gestor que tiene esa capacidad de afectación.

La Corte Constitucional, en vigencia de la Carta de 1991, también le dio alcance al concepto de gestión fiscal en los siguientes términos y complementa ese alcance de que un contratante y un contratista son gestores fiscales potenciales; para la Corte la gestión fiscal: “...*alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición*”⁶⁶. Al respecto el Consejo de Estado sobre este particular señaló: “*es el: conjunto de actividades económico-jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste, y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado*”⁶⁷. Así en un contrato que se celebre con recursos públicos siempre se desarrolla alguna de las actividades enunciadas por la Corte. No solo el contratante y contratista también otros gestores como el interventor, supervisor, pagador, etc. Todos actúan de manera individual y a veces mancomunada o solidaria. Frente a los contratistas del Estado, la Ley 80 de 1993 estableció en sus artículos 52, 53⁶⁸ y 56 la responsabilidad civil y penal de los contratistas, los consultores, interventores y asesores, y de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Sobre el control

65 GÓMEZ LEE, Iván Darío. Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental. Universidad Externado de Colombia. 2006

66 Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1993. Magistrado Ponente, Eduardo Gil M.

67 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta 848 del 31 de julio de 1996. Consejero Ponente César Hoyos Salazar.

68 Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-563-98 del 7-10-98, M.P: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. “*Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos*”.

fiscal a la contratación estatal, el artículo 65, declarado exequible con sentencia C-623 de 1999, prescribe la oportunidad de dicho control fiscal en los siguientes términos: *“La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente, se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. el control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”*.⁶⁹ Es evidente que según la disposición legal que se transcribió y la sentencia que determina su constitucionalidad, es procedente ejercer control a los contratos una vez perfeccionados, durante sus pagos y en la medida que van cumpliendo sus distintas etapas.

Pasando a la órbita de la responsabilidad fiscal del contratista la Ley 610 de 2000 en su artículo 61 previó que los contratistas pueden ser declarados responsable fiscales, cuando señaló: *“Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, la contraloría solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”*. Resulta clara además la intención del legislador de vincular como gestores fiscales a los contratistas, toda vez que con la declaratoria de responsabilidad, una vez adelantado y ejecutoriado el juicio correspondiente, no sólo entrarán a responder con su propio patrimonio por los perjuicios causados, sino que además les será impuesta una de las sanciones más severas y gravosas previstas para un contratista en la Ley 80 de 1993, cual es la declaratoria de caducidad administrativa que genera una inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado.⁷⁰

Ahora bien, el sólo hecho de ser un servidor público o un contratista que maneje o administre recursos públicos no lo convierte de forma automática en sujeto de responsabilidad fiscal. Lo anterior en razón a que, es posible que a pesar de haberse presentado el daño patrimonial,

69 En materia de control fiscal sobre los contratos, la Corte Constitucional, en sentencia C-648 de 2002, declaró exequible el artículo 61 de la Ley 610 de 2000. Igualmente, en sentencia C-623/99, se ocupó de estudiar esta materia al pronunciarse sobre exequibilidad del art. 65 de la ley 80 de 1993.

70 El artículo 8º de la Ley 80 de 1993 prevé en el literal c), que quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad, quedarán inhabilitados para contratar con el Estado por el término de 5 años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad.

el sujeto generador del mismo no ostentara la calidad de gestor fiscal. Un referente importante para determinar si las conductas de los servidores públicos constituyen gestión fiscal o no, es el análisis de si la misma comporta la administración de recursos o el cumplimiento de deberes o funciones diferentes a ésta. La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, definió algunos casos en los cuales, actuaciones provenientes de servidores públicos que generan daño a los recursos del Estado, no son susceptibles de responsabilidad fiscal. Pero a la vez la misma Ley 610 de 2000 en sus artículos 1 y 6 incorporó en la categoría de gestores fiscales a los servidores públicos y particulares, como los contratistas que actúan con ocasión de la gestión fiscal o que contribuyen a que se presente detrimento patrimonial. Estos criterios que fueron estudiados por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, que a propósito de esa gestión se declaró exequible la frase “con ocasión de la gestión fiscal” por encontrarse, en criterio de la Corte, ajustada al ordenamiento constitucional: “...en el entendido que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”. Es decir, se hace extensiva la responsabilidad fiscal a las actividades conexas o próximas:

“Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal”.

La Ley 42 de 1993, es aplicable igual a los contratistas cuando señaló en el artículo 83⁷¹ que la responsabilidad podría comprender también a estos sujetos y a los particulares que vinculados al proceso, hubiesen causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado, de acuerdo con lo que establezca el respectivo juicio fiscal. De otra parte, la Ley 610 de 2000, tal como se explicó al inicio de la presente sección, hizo mención específica en el artículo 61, sobre la responsabilidad fiscal de los contratistas; y, en el ámbito de la gestión fiscal, hizo una lista de aquellas actividades desarrolladas o ejecutadas por éstos, y que constituyen gestión fiscal.

71 Este artículo fue derogado expresamente por el artículo 68 de la Ley 610 de 2000.

La posición jurídica expuesta en esta primera parte, referente al ámbito de los gestores fiscales contractuales, contratantes, contratistas e incluso otros actores que se analizan en la siguientes sección, es coherente con un Estado en el que, en un nuevo marco de competencias de bienestar social, de intervencionismo y de fomento, se ha vuelto supremamente complejo⁷² y, el cual además, aplicando un nuevo modelo económico, acude sistemáticamente al concurso y apoyo de particulares para cumplir con sus funciones publicas básicas, para prestar servicios esenciales o para fomentar y subsidiar empresas, e incluso con modalidades de asociación económica con particulares, todo lo anterior siempre ejecutando recursos públicos.⁷³

Así las cosas, no sería lógico que la forma de gestión pública con el apoyo de particulares o empresarios privados mediante contratos, excluyera el control que por mandato de la Constitución ha sido instituido para la Contraloría General de la Republica y de las Contralorías Territoriales en defensa del patrimonio público y en protección de los intereses de la sociedad. El constituyente, el legislador y las cortes, dan respuesta a ese fenómeno de complejidad de las actividades públicas, extendiendo el concepto de gestión fiscal al conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas. Pensar que un gestor de recursos públicos, como un contratista que los maneja o administra, sea excluido de la vigilancia fiscal porque su naturaleza o condición sea la de un particular, rompe los principios constitucionales básicos que fundamentan el control fiscal, así como el principio de la igualdad y la necesaria prevalencia del interés general.

6.2. CASOS EN QUE HAY GESTORES FISCALES CONTRACTUALES

La contratación pública es una de las formas de gestión administrativa que pretende, con la colaboración de los particulares, lograr el cumplimiento de los fines estatales. Teniendo en cuenta lo anterior, la contratación estatal deberá tener como objetivo primordial apoyar la administración, garantizar el interés general y el logro de los intereses estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en el cumplimiento de dichos

72 BAENA DE ALCÁZAR, Mario. Curso de ciencia de la administración, Vol. I “Administración Publica y el Estado”, Madrid, Tecnos, 1996.

73 La distinción tradicional entre las dos formas de acción administrativa esenciales, que son la policía y el servicio publico debe ser completada y matizada teniendo en cuenta aspectos como la colaboración con empresas privadas de interés general o las actividades publicas de interés general ejercidas a través de empresas publicas, en palabras de Jean Rivero, en Derecho Administrativo, 9º edición, Universidad Central, Caracas Venezuela, 1984.

finés, y es en razón de ello que asiste a las entidades públicas el deber de seleccionar la propuesta más favorable para sus propósitos, garantizando el correcto ejercicio de la función pública, vigilando, previniendo y controlando que en ningún caso se presenten deterioros patrimoniales para el Estado.

Ahora bien, al ser la contratación del Estado una herramienta a través de la cual se cumplen cometidos esenciales, es importante determinar cuáles de las personas que intervienen en esta relación *Estado - Contratista*, deben ser considerados gestores fiscales y como tal, sujetos de responsabilidad fiscal.

Cabe recordar que la gestión fiscal se predica respecto de los servidores públicos y particulares como los contratantes y contratistas que manejan o administran recursos públicos. En ese orden de ideas existe un primer nivel de gestión y responsabilidad en donde encontramos los siguientes gestores fiscales:

1. El ordenador del gasto,
2. El pagador,
3. El interventor,
4. El supervisor,
5. El contratista,
6. Asesores, comités, oficinas jurídicas y de planeación y las juntas que contribuyen a orientar las decisiones

Así por ejemplo, se puede afirmar que existe responsabilidad solidaria entre el contratista y el interventor cuando se genera detrimento al patrimonio público con ocasión de un contrato en el cual se utilizan materiales de baja calidad diferentes a los requeridos por la Entidad y pactados contractualmente. Pero este nivel de responsabilidad solidaria admite excepciones, así, por ejemplo, el contratista no estaría llamado a responder por el daño que ocasiona la falta de previsión de la administración. El pagador y el ordenador del gasto no son responsables cuando disponen un pago sobre certificaciones suscritas por el supervisor o interventor y que dan cuenta del cumplimiento a satisfacción del contrato; en estos eventos son los últimos sujetos los que deberán estar llamados a responder. Supervisor, interventor y ordenador no son responsables por un pago fraudulento en donde el pagador omitió sus deberes y realiza fraude bancario. Así, al momento de valorar si un agente es o no responsable fiscal es necesario analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, órdenes de servicios, memorandos y cualquier otro instrumento que materialice su responsabilidad o que configure una causal eximente de la misma.

En el mismo escenario se encuentran los particulares contratistas que a pesar de no administrar directamente los recursos inciden en los desmedros que se causen al patrimonio público y por lo tanto están llamados a responder. Es el caso por ejemplo de un profesional que es contratado para que preste sus servicios, que cumple con la actividad que le ha sido asignada y entrega el trabajo contratado a entera satisfacción de la entidad. Sin embargo, el mismo objeto ya había sido contratado en idénticas condiciones. Es decir, se contrató dos veces la ejecución de un mismo servicio. Este caso se presentó en una decisión del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado en sala plena al resolver un recurso de súplica contra una sentencia de la sección primera se refiere a la responsabilidad de un contratista de servicios profesionales de Ferrovías, cuyo objeto era la titulación de bienes quien tenía dos contratos con objetos idénticos, en donde la Corporación niega la súplica de una sentencia que a su vez negó la nulidad de un acto administrativo, con responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República por \$1.015 millones de pesos. Señala la sala plena:

“El ad quem, al resolver en los términos indicados, verificó la identidad del objeto contractual, no suplantó las funciones de juez de los contratos, sino que dedujo, bajo su íntimo convencimiento, precisamente, que existió un detrimento patrimonial por el sólo hecho de la equivalencia en los objetos contractuales, según las pruebas oportuna y válidamente arrimadas al proceso y señaló, además, que no era necesario mirar la naturaleza del mismo, ni debía determinar el cumplimiento de las obligaciones o la inexistencia del daño porque se pretende la indemnización, pues el daño patrimonial se dedujo, perse, de la mera identidad contractual, en la medida en que el primer contrato se subsumía al segundo.”

“... luego de revisar los aspectos fácticos del proceso, precisó que, se suscribieron contratos idénticos para desarrollar un mismo objeto, además de que se probó que la representante de la demandante fue condenada por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, circunstancias estas que conducen a deducir la existencia de suficientes razones para declarar la responsabilidad fiscal de la empresa demandante, pues de las actuaciones ilegales antes señaladas se puede constatar el detrimento patrimonial.”⁷⁴

En los casos enunciados, la circunstancia de que el particular ejerza funciones de manejo o administración de recursos públicos como es el erario, la ejecución del contrato estatal, lo convierte necesariamente en gestor fiscal y como tal, sujeto de una eventual responsabilidad fiscal. Sin embargo, para que pueda predicarse este tipo de responsabilidad, será presupuesto necesario que la conducta del sujeto, en este caso del contratista, se

74 Consejo de Estado, Sala Plena, Secretaría General de fecha 2 de marzo de 2010 Expediente 11001031500020050558 00 M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

derive de una actuación u omisión dolosa o gravemente culposa que generó un menoscabo al patrimonio público. De ahí que, al tener la interventoría ese rol de determinación de los pagos a un contratista, implica necesariamente que quienes ostenten esta calidad, trátese de funcionarios públicos o de particulares, deban observar los mayores niveles de cuidado y previsión, porque sus actuaciones dolosas o gravemente culposas pueden llevarlos a ser responsables fiscales⁷⁵.

Es importante precisar, tal como se ha explicado, que no en todos los casos la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal se predica de los servidores públicos que tienen la titularidad jurídica para decidir sobre la administración de los recursos públicos, a su vez, existen otros servidores públicos e incluso particulares que con su conducta inciden de manera directa sobre las decisiones de la administración y en razón de ello se convierten en gestores capaces de orientar el accionar de los recursos estatales. Estos sujetos han sido llamados del segundo nivel de la gestión fiscal, o del círculo secundario⁷⁶.

6.3. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Para evaluar la posible responsabilidad fiscal de los particulares contratistas una vez acaecido el daño, y determinar si con la actividad contractual con acciones u omisiones, ocasionan menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida, uso indebido o deterioro en los recursos públicos, se deberá realizar un examen sobre el contenido de la actividad y si ésta entraña o no gestión fiscal. En segundo lugar, valorar si actuó con prudencia, cuidado y previsión, o si por el contrario actuó con dolo o con culpa grave.

75 Sentencia C-563-98 del 7-10-98, M.P: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz “Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.”

76 Amaya Olaya Uriel Alberto, Teoría de la Responsabilidad Fiscal, primera edición: “También operará la responsabilidad fiscal en el evento que se trate de actividades negligentes o dolosas de otros servidores públicos que hayan concurrido en el proceso contractual, aplicando sus funciones a dicho proceso y manteniendo sobre él una influencia jurídica o técnica decisoria (gestión fiscal), como sería el caso de los asesores de planeación, jurídica, control interno, al igual que otras instancias ejecutivas u operativas al interior de la organización pública, siempre que con esas conductas relevantes – por acción u omisión – se produzcan daños al patrimonio de la entidad contratante. En estos casos la responsabilidad fiscal será de *carácter solidario*”

Así por ejemplo, un contratista de prestación de servicios puede estar llamado a responder fiscalmente, si el objeto contractual desempeñado reviste obligaciones relacionadas con el cumplimiento de funciones que entrañan el manejo de recursos de esa naturaleza y que con ocasión de su actuación u omisión dolosa o gravemente culposa, genere una merma patrimonial para el Estado. Entonces, en principio es dable concluir que toda clase de contrato puede comprender gestión fiscal y en razón de ello cada caso debe ser estudiado en particular. El apoderado judicial que representa la entidad y omite presentar un recurso.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 26 establece un ejemplo en el que los contratistas podrían entrar a responder fiscalmente y que se encuentra relacionado con la presentación de condiciones económicas artificialmente bajas que buscan obtener la adjudicación de un contrato estatal. Algunos otros casos que se expondrán a título meramente enunciativo y que podrían generar responsabilidad para el contratista del Estado son⁷⁷:

- a. Recibir pagos contractualmente pactados, sin darse cumplimiento a las obligaciones del contrato.
- b. Entregar bienes de calidad deficiente, desconociendo las especificaciones técnicas convenidas por las partes.
- c. Construir obras de mala calidad o con cantidades inferiores a las acordadas.
- d. Omisión del deber de vigilancia, seguimiento y control por parte del interventor y recibir la cancelación por este concepto.
- e. Realizar estudios de mercado, pliegos de condiciones, evaluaciones etc, dentro del proceso pre contractual, y que con su conducta omisiva o negligente den origen al daño patrimonial del Estado.

A continuación se analizan las normas, principios y alcances de las situaciones de la actividad contractual que pueden ser generadoras de responsabilidad:

77 Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria D. *“Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado, o se le encomienda la prestación del servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales, o el manejo de bienes públicos, etc. En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.*

A. Deber de Planeación

Este es un aspecto esencial para el éxito de las finalidades previstas para un contrato. Desde el punto de vista de las obligaciones establecidas en la Ley 80 de 1993, varias de sus disposiciones se refieren expresamente al postulado de la planeación. El artículo 25 numeral 12 indica que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato, según el caso, deben elaborarse los estudios y diseños requeridos y los pliegos de condiciones. En el numeral 6º de esa misma disposición se plantea que sin mediar partidas o disponibilidades presupuestales no es posible iniciar el proceso de selección del contratista. El artículo 26 numeral 3º fija como referente de la responsabilidad pretermitir los deberes previstos en las anteriores disposiciones.

Por su parte, el artículo 30 numeral primero de la Ley 80 de 1993 señala que, el jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley y el 3o. del Decreto 2474 de 2008, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. El estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad, condición sine qua non en una obra. La Ley 1150 de 2007 en su artículo 4º, le impone a la administración y al contratista deberes de prevenir los riesgos⁷⁸.

Este deber de planeación también comprende a los contratos que se rigen por el derecho privado. El incumplimiento de tales previsiones ocasionan sobrecostos, obras inconclusas por fallas en los estudios técnicos, suspensiones del contrato por falta de licencias o permisos previos, baja estabilidad de la obra o calidad del bien o servicio, como quiera que falló la carga de planeación que tienen los funcionarios responsables de la entidad, o el particular que hubiere sido contratado para ese fin. Esta eventualidad no necesariamente involucra una gestión reprochable al contratista, pues éste cumple con el objeto según los requerimientos del contrato que fue el producto de unos estudios previos, es decir, la falla es atribuible a la gestión en la etapa de planeación explicada. Ello salvo que

78 Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

el contratista, experto en su negocio, en forma amañada, saque provecho a errores ostensibles de la administración.

Como se vio en la primera parte de este libro, el Decreto 2474 de 2008 incrementa en su artículo 3° y en forma amplia y notoria los deberes de planeación y las exigencias previas de un proceso contractual, lo cual contribuye a la efectividad de los contratos a pesar que le resta celeridad, garantiza su efectividad y eso es lo más importante. Ahora, los comités y dependencias de las entidades que se involucran en la etapa de planeación deben cumplir exigencias que pueden ocasionarles responsabilidad fiscal por su omisión.

B. El primer nivel de la responsabilidad fiscal en la contratación: Ordenador, Pagador, Interventor, Supervisor, Contratista

Estos son los cinco actores principales en la escena de la gestión fiscal contractual. Su vinculación es muy estrecha y en principio los cinco son siempre los llamados a responder en forma solidaria. Claro está que esa regla admite excepciones, así por ejemplo: El contratista no está llamado a responder por el daño que ocasiona la falta de previsión de la administración.

Así las cosas, al momento de valorar si un agente es o no responsable, es imprescindible analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, memorandos, actos y cualquier otro instrumento que materialice bien su responsabilidad o que configure un eximente de la misma. Precisamente en la Sentencia del Consejo de Estado arriba citada del pasado 18 de octubre de 2007, reconoce esta Corporación como eximente de responsabilidad a un ordenador la convicción errada e invencible de no incurrir en falta disciplinaria y en el entendido que el interventor y el director de obra del Fondo de Caminos Vecinales le generaron la confianza para pagar un contrato que desafortunadamente no se había ejecutado en su totalidad. Señala el Consejo de Estado lo siguiente: *“la labor de medir, pesar y comprobar con sus propios ojos la realización de la obra, lo cual resultaba imposible de realizar en la coyuntura contractual de un entidad como el Fondo Nacional de Caminos Vecinales que realiza disímiles obras públicas y cuya marcha se vería gravemente afectada en espera de la comprobación física del representante legal de la realización de las obras”*.

Es de destacar que una práctica común es que las funciones de interventoría son contratadas con particulares mediante consultoría previo concurso, en el entendido que la supervisión es una función propia de un funcionario público. La modalidad de interventoría, de carácter público o la realizada por un particular, para nada modifica el nivel de

responsabilidad desde el punto de vista fiscal, como quiera que en cualquier caso, es una actividad que está llamada a determinar e inducir las decisiones que adopte el ordenador, o los posteriores conflictos a los que se vea avocada la entidad; y desde la Constitución Política y la Ley 610 de 2000, los particulares son responsables fiscales cuando en su actividad involucran gestión fiscal. De ahí que la interventoría siempre implique para sus destinatarios estrictos deberes de cuidado y previsión, incluso implica cargas de mayor intensidad a aquellas que le corresponden al mismo ordenador del gasto.

C. El segundo nivel de la responsabilidad: Comités, Funcionarios, Asesores y Terceros

Estos actores aparecen en la escena de la contratación y de la gestión fiscal que de ella se deriva. En la medida en que la intervención de un comité, funcionario, asesor o de un tercero, sea decisiva para llevar a cabo los actos de disposición de los recursos públicos, entran a formar parte de la cadena de responsabilidades fiscales. Analicemos algunos casos: El funcionario o particular encargado de realizar los estudios y diseños de una obra que a la postre tenga fallas o sea abandonada que dé origen a las llamados “obras inconclusas”, será responsable fiscal como quiera que su labor de consultoría o asesoría fue determinante. En ocasiones los particulares que parecieren ajenos a las entidades públicas, son traficantes de influencias y artífices de desfalcos al erario, cuando se demuestra que su conducta es decisiva en el daño, se puede concluir que es un particular quien incidió y determinó la gestión de los recursos, a quien se le tipifica como una modalidad de gestión fiscal indirecta, según lo analizado por la Corte Constitucional, caso Dragacol en el Ministerio de transporte. Por ello al igual que para los actores que denominamos del primer nivel, también se debe valorar los deberes funcionales, el impacto o la magnitud de la intervención. Cabe igualmente la responsabilidad de todos o algunos de los miembros de un cuerpo colegiado por las determinaciones que adopten, como sería el caso de una decisión de junta directiva, de la junta de compras y licitaciones o incluso los miembros del comité de conciliación de una entidad.

Este nivel de responsabilidad se hace mucho más claro con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008. La primera de las normas establece en su artículo 5 numeral 2º, el deber de la entidad de evaluar las ofertas mediante el cotejo de las mismas y la consulta de precios del mercado y los estudios realizados por la entidad o por los organismos consultores o asesores designados para ese fin. Por su parte, los artículos 2 parágrafo 2º, 58 y 59 del Decreto 2474 de 2008 señalan, respectivamente, la obligación de designar un comité asesor para la evaluación de propuestas en procesos de selección que se adelanten mediante licitación, selección abreviada o concurso de méritos, el

cual está sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales y a la responsabilidad que se derive del ejercicio de la labor encomendada; la conformación de un comité asesor para la valoración de las ofertas en concursos de méritos; y la obligación de los consultores de dar asesoramiento competente, objetivo e imparcial, de tal forma que prevalezcan los intereses de la entidad y se evite incurrir en posibles conflictos de intereses.

D. El olvido del principio de conmutatividad del contrato

Uno de los pilares de la contratación pública, en cualquiera de sus modalidades, está cimentado en el principio de la conmutatividad, en virtud del cual el pago que hace la entidad contratante debe ser equivalente a la prestación recibida por el contratista de dar, hacer o no hacer algo. El olvido de este principio es una de las situaciones más frecuentes que generan responsabilidad fiscal. Sobre el mismo el profesor Benjamín Herrera en su obra Contratos Públicos, dice:

“El Estado no persigue fines de lucro, su fin es dar satisfacción a las necesidades públicas objetivas, y por tanto toda prestación que él reciba quiere y debe tener una contrapartida equivalente que él paga. De otro lado los recursos del Estado no pueden entregarse gratuitamente sin recibir a cambio una contraprestación que satisfaga una necesidad pública. Los contratos unilaterales y gratuitos son ajenos a las técnicas utilizadas por la administración, en virtud del principio de garantía del gasto público. El Estado no puede donar, no puede regalar vía contrato y por ello son singulares igualmente reprochables los contratos de comodato a favor de particulares. En estos contratos la equivalencia en las prestaciones que no dependen de la psiquis de las partes sino de factores objetivos que deben hacer corresponder el precio que se paga con la prestación que se recibe.”

En este sentido la contratación pública no es un estímulo al empresario, ni es un acto de generosidad del Estado, su único objetivo es contribuir a la realización de sus fines. De esta forma, en cada contrato la vigilancia fiscal cuantifica si los bienes, obras o servicios recibidos son proporcionales al dinero o beneficios recibidos por el contratista. En el evento que esa ecuación se rompa a favor de él, lo recibido por exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público, configurado a partir de una conducta reprochable por antieconómica e ineficiente, contraria a la correcta gestión fiscal. El referente para cuantificar si existe daño es que la utilidad sea razonable y que el precio del contrato esté determinado por precios del mercado.

E. La responsabilidad cualificada del artículo 26 de la Ley 80 de 1993

En la ley de contratación estatal la norma citada se ocupa de tipificar algunas situaciones que a la postre pueden generar responsabilidad fiscal, tales como las previstas en los numerales 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º⁷⁹, relacionadas con las siguientes conductas: desviar los fines de la contratación; indemnizaciones producto de actuaciones antijurídicas; consecuencias económicas por falta de planeación; presentar y admitir ofertas artificialmente bajas que ocasionen un posterior daño; el perjuicio que causa ocultar una inhabilidad o incompatibilidad por el contratista y el deterioro que ocasiona el mismo por la mala calidad del objeto suministrado. Cualquiera de estas circunstancias que origine daño, por ejemplo, la inestabilidad de la obra o la baja calidad de los bienes o servicios contratados, son generadoras de responsabilidad fiscal. Tienen fuente directa en la ley, lo cual demanda mayores deberes de cuidado o previsión, frente a otras situaciones que conllevan daño originadas en la violación de los principios generales de la gestión fiscal.

La tipificación de estas conductas por el artículo 26 citado, no excluye que otros actos de gestión fiscal distintos a los previstos en la norma, que se deriven de la contratación y que ocasionen daño, también constituyan fuente de responsabilidad, toda vez que sean violatorios de alguno de los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales. Existen otras preceptivas de orden constitucional y legal que llevan a generar responsabilidad fiscal en otros eventos y situaciones, como se vio la responsabilidad en la contratación no sólo abarca la contratación estatal en el sentido estricto de la Ley 80 de 1993.

79 Ley 80 de 1993. Artículo 26. (...) 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas; 3o. Las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos; 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato; 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa; 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

F. El daño por pagos indebidos: mayores cantidades, equilibrio económico, omisión de mitigar riesgos

El pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa o en ocasiones, ilícito, son hechos frecuentes que dan lugar a la responsabilidad fiscal en cabeza de funcionarios públicos y contratistas de cualquier especie. Por falta de diligencia o mala fe, permiten, inducen o facilitan el pago de mayores cantidades de dinero al contratista, omiten hacer reclamaciones para restablecer la ecuación económica del contrato a favor del erario o asumen una actitud omisiva y poco transparente para que a la entidad contratante le sea reintegrado lo que en derecho le corresponda. Incluso algunos actores de la contratación propician arreglos, acuerdos o conciliaciones en contra de los intereses del Estado.

Sobre la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico a favor del Estado no existe duda de esa posibilidad, en lo que se refiere al régimen de la Ley 80 de 1993, ya que ésta previó esa figura, sin excluirla de manera alguna para el Estado; todo lo contrario, el artículo 27 hace explícita esa previsión para cualquiera de las dos partes. A su vez en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, es deber de la entidad contratante cuando se produzcan fenómenos que alteren el equilibrio económico del contrato. Ese principio sería aplicable con independencia del régimen de contratación, como quiera que es antieconómica la gestión fiscal que permita, o no impida, un enriquecimiento sin causa del contratista, es decir, por encima de la utilidad prevista en la ecuación inicial del contrato, ya que es inadecuada cualquier prestación que supere los parámetros económicos de equidad previstos en el contrato; fuente y límite de los derechos y las obligaciones. Por tanto, siempre deben ejercerse todos los medios al alcance de la entidad contratante, tendientes a restablecer la ecuación económica inicial.

Adicionalmente, los más elementales criterios de equidad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y preservación de los recursos públicos, en un Estado social de derecho, harían forzoso aceptar la tesis del equilibrio económico para la entidad contratante. No cabe en este caso sostener que el contratista estatal maneja un riesgo, incertidumbre y alea contractual que lo hace merecedor de esa eventual ganancia ocasional, no pactada, de beneficiarse si la ecuación económica se rompe a su favor. Todo lo contrario, el contratista estatal siempre está protegido en sus intereses económicos ante cualquier eventualidad, bajo un principio de indemnización plena por el Estado, incluido el hecho del príncipe o el reconocimiento legal de intereses moratorios, entre otras vicisitudes.

Una investigación por detrimento patrimonial que merece resaltarse es la que concluyó con la declaratoria de la responsabilidad fiscal por pagos indebidos, en el caso de la contratación

de la firma Dragacol S.A. con el Ministerio de Transporte. Allí se reprocharon reclamaciones irregulares e ilícitas motivadas en el pago de mayores cantidades de obra a las ejecutadas realmente, equilibrios económicos injustificados y la configuración irregular de silencios administrativos positivos⁸⁰. Luego de un amplio análisis jurídico y fáctico de esas situaciones la Contraloría General de la República profiere un fallo con responsabilidad fiscal⁸¹. En esa providencia se fija un lineamiento muy claro en las reclamaciones provenientes de la contratación, allí se señaló: *“La gestión ineficiente, ineficaz y antieconómica generan daño al Estado. La falta de cuidado y diligencia de los funcionarios o asesores que intervienen en la contratación generan responsabilidad fiscal. Se recuerda que para la administración en su deber de ser cuidadosa con los recursos públicos, se le exige que aplique la sana crítica para valorar el acervo probatorio de las reclamaciones de un contratista, que no se limite a revisar la existencia de unos soportes, sino que requiere un esfuerzo adicional de confrontar su veracidad, en especial cuando un contratista se presenta a reclamar sumas de dinero que de entrada se aprecian exorbitantes.”*

G. La omisión de mitigar riesgos inherentes a la contratación

El contratista es un experto de negocio que además obra en calidad de administrador de recursos ajenos, razón por la cual ello le supone deberes de cuidado y previsión al nivel más estricto de responsabilidad. Así lo entendió el legislador y como consecuencia de ello fue previsto en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, la distribución de riesgos en los contratos estatales. El mencionado artículo señaló que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se deben incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, de tal suerte que cuando se lleve a cabo un proceso de licitación pública, debe señalarse el momento en que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. Es entendible que un contrato en donde media una situación de fuerza mayor, fracase sin que nadie incurra en responsabilidad fiscal, como por ejemplo la creciente de un río que no se presenta todos

⁸⁰ Ley 80 de 1993. Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio:(...)

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

⁸¹ Proceso de Responsabilidad Fiscal No 0003, Mediante el fallo con responsabilidad fiscal del 23 de febrero de 2004, se profirió una decisión que con factores de actualización a esa fecha superaba los \$22.000 millones.

los años. Lo que es inadmisibles es el fracaso del contrato por situaciones previsibles por las partes en donde la responsabilidad común se diluya o en donde el contratista como experto podía anticipar el daño.

H. La responsabilidad por sobrecostos, utilidad no razonable y los precios de referencia del SICE

El proponente, futuro contratista, y la entidad, futura contratante, deben valorar desde la propuesta que la cantidad y calidad de los bienes, obras o servicios que serán suministrados y pagados sean proporcionales al dinero o beneficios que recibirá el contratista. Si esa justa medida se rompe a favor del contratista, lo que se pagó en exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público. ¿Cómo se establece la justa medida de lo que se debe pagar? Consultando los precios del mercado y valorando que la utilidad que se recibiría es la acostumbrada en negocios de similar naturaleza. Cuando se determinan hallazgos o responsabilidades fiscales por sobrecostos, el ejercicio que realizan las contralorías es un estudio de los precios del mercado del bien, servicio u obra, para demostrar la razonabilidad o desproporción del contrato, desde el punto de vista del precio y de la utilidad recibida.

En esa línea de pensamiento la Ley 598 de 2000 creó el Sistema Integrado de Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, precisamente con el propósito de controlar los precios, a la contratación que se realiza con recursos públicos. Establece un Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, el cual construye un umbral, un precio indicativo, que si bien no es obligatorio, es un referente. De esta forma para apartarse del precio de referencia, se debe tener una justificación, como quiera que el mismo SICE en esa eventualidad activa unas alarmas de control que implicarán una vigilancia especial a ese proceso contractual⁸². Al respecto, es preciso anotar que por medio del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual debe articularse con el SICE, sin que éste pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

I. La obligación de liquidar o finiquitar el contrato y el deber de conservarlo con sus soportes

Si bien el contrato finaliza cuando se vence el plazo de ejecución, en ese momento no desaparecen las obligaciones fiscales de la entidad contratante y del contratista. En el momento de

82 En el capítulo 3 de esta obra, la sección 3.8 analiza las obligaciones que genera el SICE.

finalizar sobrevienen tareas muy importantes para aclarar y finiquitar las cuentas del contrato y precaver cualquier vacío. Este es un principio de administración y orden aplicable en cualquiera de los regímenes de contratación. En materia de contratos estatales la obligación de liquidar el contrato está prevista en la Ley 80 de 1993 modificada por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. La liquidación es un ejercicio de contabilidad del contrato y de representación de la historia del negocio jurídico, en donde se relatan sus vicisitudes.⁸³ En ese orden de ideas es evidente que no todo contrato requiere liquidación, lo cual no significa que no deba ser finalizado de manera ordenada, es decir, finiquitado. Ello supone que exista un acta de finalización o de entrega final, acompañada de los soportes que den cuenta de cabal cumplimiento, o de los aspectos de inconformidad, controversia o arreglo que se presentaron durante la ejecución del contrato. Incluso el acta final también puede representar los asuntos económicos y obligaciones contractuales pendientes.

La gestión documental del contrato es un asunto muy importante dado que allí está representada su historia; de ahí la necesaria conservación del contrato y de sus soportes. De manera recurrente la falta de los anexos del contrato y de pruebas sobre su real cumplimiento genera responsabilidad fiscal.⁸⁴ El ordenador del gasto tiene el deber de adoptar todas las medidas administrativas que aseguren la conservación del contrato y de sus soportes en el archivo de la entidad, por un periodo de tiempo prudencial, según la naturaleza del contrato y la perdurabilidad que tenga su objeto. Distinta es la tabla de retención documental de un contrato de obra de un puente, a la de un contrato de venta de papelería. Respecto a los servidores públicos, la Ley 80 de 1993 en su artículo 26 establece algunas obligaciones que deben cumplir éstos durante la ejecución de un proceso contractual, de las cuales se puede concluir que sus omisiones generan responsabilidades fiscales por culpa grave. Dentro de estas citamos los numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 8 del mencionado artículo. En consecuencia, cuando se realicen conductas contrarias o se omitan estos deberes, se incurre en responsabilidad fiscal, tal como sucedería si se incumple el deber de asegurar los fines de la contratación, vigilar la ejecución del contrato, proteger los derechos de la entidad, aperturar licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos o evaluaciones; elaborar pliegos de condiciones en forma incompleta ambigua o confusa.

83 El ordenador del gasto, el interventor y el contratista que no tienen ningún medio para probar que el pago de un contrato está soportado o por lo menos que el objeto y obligaciones se cumplieron realmente, no sólo por pruebas documentales, sino mediante testimonios o inspecciones, han sido declarados responsables fiscales.

84 Esta obligación del ordenador no excluye la del interventor de llevar sus archivos y la del contratista de llevarlos también por su cuenta.

6.4. OPORTUNIDAD Y ALCANCE DEL CONTROL FISCAL SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 80 DE 1993

De la Ley 80 de 1993 en su artículo 65, se determinan 4 etapas en las que debe realizarse control fiscal posterior a la contratación así: 1) Cuando los trámites administrativos de legalización de los contratos hayan concluido, para evaluar la etapa precontractual y de cumplimiento de los principios de la contratación estatal en la selección del contratista. 2) Para ejercer control a las cuentas correspondientes a los pagos originados con ocasión de la ejecución del contrato y constatar así, el cumplimiento de los preceptos legales. 3) Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso⁸⁵; 4) Todo ello para un control fiscal integral basado en los principios señalados en la Ley 42 de 1993 durante toda la ejecución contractual. Finalmente, dentro de las facultades que se le confieren a la Contraloría, cabría el ejercicio de la función de advertencia para contratos en ejecución, sin menoscabo del control posterior y selectivo consagrado en la Constitución Política.⁸⁶

La Corte Constitucional en sentencia C-623 de 1999, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo establecido en el artículo citado, delimitó los cuatro momentos en que se puede ejercer control posterior en los contratos del Estado así:

1. Una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal.
2. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y
3. Una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.
4. En síntesis, el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación.

86 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-623 del 25 de agosto de 1999, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz.

86 Los límites a la función de advertencia pueden examinarse en el concepto número 1348 del 20 mayo de 2003, de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la Republica.

Así, las autoridades de control fiscal, una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, podrán intervenir en los procesos de contratación, con el propósito de aplicar los controles de legalidad, de gestión, financieros, y de resultados y verificar la existencia o inexistencia de posibles daños patrimoniales. En caso de evidenciarse desmedros al patrimonio de la entidad contratante, se dará inicio a los respectivos procesos de responsabilidad fiscal. Es claro que para la ley y la jurisprudencia existen 4 momentos para el ejercicio del control, una vez legalizado, en la medida que se vayan realizando los pagos o cuentas y, también, una vez terminado o liquidado y en general durante su ejecución. La liquidación no es condición para ejercer el control fiscal, es obvio que no, ello nos situaría en el absurdo que la misma administración omita realizar la liquidación para impedir el ejercicio del control durante la ejecución contractual.

Si en el transcurso de la auditoría se encuentran violaciones al principio de legalidad por ejemplo,⁸⁷ tal situación será dada a conocer al órganos de control respectivo, en este caso a la Procuraduría General o a la Fiscalía General de la Nación, según el caso, por tratarse de conductas que deben ser investigadas disciplinaria o penalmente, según el caso, pero no desde el punto de vista fiscal, al no evidenciarse la pérdida o menoscabo de recursos públicos.

6.5. LA PROHIBICIÓN DE INTERVENIR EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

El artículo 267 inciso 2 de la Constitución Política de 1991, al referirse al control fiscal establece: “Dicho control se ejercerá de forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos por la ley”. Por su parte, el artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993 precisa: “Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia⁸⁸ no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación. (Subrayado fuera de texto.) Esta disposición legal fue objeto de análisis en la Sentencia C-113 de 1999 en la cual se aclaró el alcance del control fiscal y de las actuaciones de la Procuraduría frente a las etapas precontractuales.

87 Por ejemplo, por desconocer las etapas, procedimientos y plazos preclusivos y perentorios previstos por la ley y el reglamento, por la declaratoria de urgencia manifiesta sin estar dados los presupuestos que exige la ley para ello.

88 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-113 del 24 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

En relación con la intervención de las contralorías indicó la Corte: *“Así, pues, en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”*.

En criterio de la Corte Constitucional, esta regla se flexibiliza frente a las facultades de la Procuraduría General de la Nación: *“...si bien la Carta Política ha conferido a los órganos del Ministerio Público la facultad de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario” para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales -lo cual significa que están habilitados para establecer si en los procesos administrativos o en las actuaciones de los servidores públicos se han presentado actos indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, o irregulares, y para deducir, por consiguiente, las responsabilidades a que haya lugar-, tal intervención debe darse normalmente una vez que dichos procesos y actuaciones han culminado. Pero este principio encuentra su salvedad, como lo contempla la Carta, en los casos en que la intervención, observación o confrontación se hagan menester de manera urgente y evidente, con miras a la defensa efectiva de derechos fundamentales en peligro o por un inminente riesgo del patrimonio público”*. (Subrayado fuera de texto)

Así, resulta claro que el control previo ejercido por parte de las contralorías y de la Auditoría General de la República se encuentra prohibido en la legislación vigente. Esto no quiere decir, como equivocadamente se ha interpretado por algunos sectores, que el control previo en Colombia haya desaparecido, toda vez que éste se encuentra a cargo de las oficinas de control interno⁸⁹ de cada entidad estatal, que por lo demás ejercen un control previo administrativo, por expresa disposición legal. Lo anterior además, por cuanto son las oficinas de control interno un sistema de control, y no un órgano como tal, de allí que no sea posible asignarle a las oficinas de Control Interno las implicaciones previstas en el artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993, como sí ocurre con la Auditoría General de la República y las contralorías del país.

89 El artículo 1 de la Ley 87 de 1993 define lo que se entiende por control interno: *“Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información de los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos*.

6.6. EL CONTROL PREVIO E INTERNO EN LA CONTRATACIÓN

El artículo 65, inciso 3 de la Ley 80 de 1993 establece que el control previo a los contratos lo realizan las oficinas de control interno, señala: *“El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno”*. Entonces, es de la mayor importancia delimitar la competencia que ejercen las oficinas de control interno frente a los órganos de control como la Auditoría General de la República y las contralorías. Las primeras, ejercen un control puramente administrativo, tal como lo indicó el inciso 3 del artículo 65 citado, su función es previa y preventiva, mientras que las segundas, ejercen un control fiscal pero eminentemente posterior y selectivo⁹⁰ razón de más por la que les está prohibido intervenir por fuera de las etapas autorizadas por el legislador y la Corte en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993.

Esto quiere decir que las oficinas de control interno están facultadas para opinar y emitir recomendaciones durante todas las actuaciones precontractuales en tiempo real, a fin de coadyuvar en el logro de los fines previstos con cada contratación. Su rol es activo, no pasivo, y en este entendido, su función es contrarrestar los posibles yerros en que pueda llegar a incurrir la administración, de forma que se logre el cumplimiento de los fines estatales, sin que les esté permitido autorizar o refrendar los procedimientos administrativos de la entidad, so pena de incurrir en coadministración.

Así, mientras que a las oficinas de control interno les está asignada legalmente la labor preventiva de la actividad pre-contractual, a los órganos de control fiscal les está prohibido intervenir en las etapas preparatorias, conforme a las estipulaciones contenidas en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 ya explicadas anteriormente. Lo anterior por cuanto el constituyente quiso eliminar del ordenamiento jurídico la facultad que les asistía a las contralorías antes de la expedición de la Constitución de 1991, de refrendar cuentas y autorizar pagos, pues el aparato estatal se había convertido en fuente de clientelismo que propiciaba el pago de favores políticos a cambio de obtener firmas, autorizaciones o refrendaciones por parte del funcionario de la contraloría a cargo del cual se había asignado esta responsabilidad.

90 El artículo 5 de la Ley 42 de 1993 definió la selectividad como la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, otorgando además facultades para su implementación. Por control posterior indicó que debe entenderse como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos.

Se concluye que a menos que se esté en ejercicio de la función de advertencia, de la cual trataremos más adelante y que supone el cumplimiento de unos requisitos especiales, las contralorías no podrán intervenir mientras los procesos de selección de contratistas se encuentren en las etapas pre contractuales. La facultad para hacerlo comienza una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, cuando se haya perfeccionado el acuerdo de voluntades, expedido el registro presupuestal correspondiente, una vez aprobada la garantía única y surtido el trámite de cancelación de los derechos de publicación, en caso de que el contrato por disposición legal o contractual tenga que cumplir con estos dos últimos requisitos. Con antelación a lo anterior, les está prohibido a las autoridades de control fiscal intervenir en los procesos de contratación, pues hacerlo desbordaría el ámbito de sus competencias, con las consecuentes responsabilidades de orden disciplinario y penal que dispone la ley.

De otra parte, las oficinas de control interno tienen una sola prohibición de participar en los procedimientos administrativos mediante actuaciones específicas de autorización o refrendación. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 12 de la Ley 87 de 1993. Es decir, de una parte la Ley 80 de 1993 tiene prevista la obligatoria intervención de las oficinas de control interno en las etapas contractuales previas; y de otra parte, esta intervención no puede en ningún caso estar referida a la aprobación de las actuaciones contractuales, ni tampoco, refrendar las mismas; estas actuaciones están a cargo de las oficinas asesoras, jurídicas, los comités de evaluación, la junta de licitaciones, el ordenador del gasto y demás instancias que por mandato de las disposiciones contractuales aprueban o revisan el proceso contractual.

Dentro de este marco legal de actuaciones, la Auditoría General de la República ha considerado necesario que el sistema de control interno empiece a jugar un papel más protagónico en la prevención del daño por conductas irregulares originadas en la contratación del Estado. La propuesta es que el sistema de control interno se dinamice y se ponga al servicio de la prevención de prácticas irregulares o erróneas en la contratación y así evitar que el patrimonio público se siga desviando o dilapidando. Estas acciones de control preventivo no pueden quedar limitadas a las competencias de las oficinas de control interno, y en razón de ello se están articulando acciones con la Procuraduría General de la Nación y algunas contralorías para mejorar el control posterior pero inmediato a la contratación, tal como ya se analizó en el presente estudio. Con las contralorías territoriales se tiene previsto realizar auditorías transversales a temas de interés nacional como son: i) Los sistemas de transporte masivo, ii) Los proyectos de infraestructura vial; iii) Las concesiones regionales, iv) Los recursos de la salud, etc.

6.7. LA FUNCIÓN DE ADVERTENCIA Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS OPORTUNOS

Un nuevo enfoque del control fiscal exige acciones oportunas no sólo dirigidas a constatar los daños al patrimonio público, sino también orientadas a prevenir que el mismo sea ocasionado. El Decreto Ley 267 de 2000, dispuso en su artículo 5, numeral 7, que el Contralor General de la República puede ejercer funciones de advertencia en aquellos casos en los cuales adviertan que se han detectado riesgos en la gestión de la administración pública. Es función del Contralor General: *“Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.”*

La Contraloría General de la República emitió el concepto jurídico No. 1348 del 20 de mayo de 2002, precisando las características de la función de advertencia: *“La función de advertencia es excepcional, y consiste en indicarle a la administración los riesgos detectados por el organismo de control fiscal, en procesos anómalos u operaciones en ejecución, a fin de que ésta tome las medidas pertinentes tendientes a evitar el menoscabo de los dineros públicos. Su carácter es técnico, preventivo o proactivo, y debe ser ejercida dentro de los parámetros que enmarcan el control fiscal, es decir, en ejercicio de los sistemas de control fiscal, como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Por lo tanto, cuando se detecten los posibles riesgos, y se tenga los elementos necesarios, bien sea, jurídicos, técnicos o de otra índole, según la clase de proceso que se esté auditando, el equipo auditor debe producir un informe en donde se evidencie que se puede presentar un daño patrimonial al Estado”.*

Por su parte, el concepto No. 0016 del 15 de enero de 2004 de la misma entidad, hizo una importante precisión en relación con la etapa contractual en la cual es posible ejercer la función de advertencia: *“... el control fiscal sobre los contratos estatales de acuerdo con el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 y según Sentencia C-623 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, se ejerce una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, durante su ejecución, y además, se ejerce el control posterior una vez liquidados o terminados los contratos a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales. Es decir, que el momento oportuno para ejercer la función de advertencia sobre un contrato teniendo en cuenta lo dicho anteriormente es, después que éste se encuentre legalizado y durante su ejecución, para evitar el detrimento al patrimonio del Estado”.*

Ahora bien, la Auditoría General de la República mediante concepto No. 110-021-2004 del 11 de marzo de 2004, precisó que la función de advertencia también puede ser ejercida por

las contralorías territoriales: “...es criterio de esta entidad que las atribuciones inherentes al adecuado desarrollo del ejercicio del control fiscal y que propendan por la protección del patrimonio público deben ser utilizadas por todos los organismos de control fiscal, pues de ello dependerá la realización del cometido estatal en cuya satisfacción participan las contralorías y la AGR.”⁹¹ ...con ocasión de la expedición del Decreto ley 267 del 22 de febrero de 2000 “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, el numeral 7 del artículo 5 estableció como parte de las funciones del referido organismo: “(...) 7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”. “Por tratarse de una facultad otorgada en la ley y no en el artículo 268 de la Constitución política, en principio se podría considerar que las contralorías territoriales no se encuentran facultadas para ejercerla, conclusión a que ha llegado la Contraloría General de la República en el concepto que se menciona en la consulta.

No obstante lo anterior, en criterio de la Auditoría General de la República, el denominado “control fiscal de advertencia” puede ser ejercido por cualquier autoridad de control fiscal, posición que se fundamenta en las siguientes consideraciones: (subrayado fuera de texto) Sea que se le denomine control fiscal de advertencia, control fiscal prudencial o que reciba cualquier otra denominación, esta expresión alude a la posibilidad de pronunciarse sobre actividades en curso desarrolladas por los sujetos de control que pueden exponer o someter a riesgo de afectación el recurso público y que se produce con el objeto de adoptar elementos de juicio en la toma de decisiones. Esta clase de pronunciamientos se han emitido por parte de diferentes contralorías del país desde la misma expedición de la Carta política en 1991, pues constituye una facultad inherente al ejercicio del control fiscal el dar aviso a la administración y demás sujetos de vigilancia sobre posibles irregularidades que puedan conllevar la afectación del patrimonio público.⁹²

91 AGR es la sigla utilizada para identificar a la Auditoría General de la República, órgano de segundo nivel que ejerce control fiscal sobre las 62 contralorías territoriales del país y la Contraloría General de la República.

92 “La Contraloría Distrital de Bogotá constituye un claro ejemplo de ello. Durante diferentes administraciones de contralores, mediante comunicaciones enviadas a la administración han puesto en conocimiento de la administración sobre procedimientos en curso que pueden conducir a una afectación del recurso público; opiniones de las que, en algunos casos, se ha apartado la administración, conduciendo con posterioridad a la imposición de sanciones fiscales que han sido ratificadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se puede citar como ejemplo el caso de los traslados presupuestales realizados durante el primer periodo del Alcalde Antanas Mockus que realmente constituyeron modificaciones presupuestales y que fueron realizados mediante decretos a pesar de requerir la aprobación del Concejo, como fue

Ahora bien, en relación con el denominado “control fiscal de advertencia” la Contraloría General de la República al conceptuar sobre el tema ha precisado: “(...) la función de advertencia, consiste en indicarle a la administración los riesgos detectados por el organismo de control fiscal en procesos anómalos u operaciones en ejecución, a fin de que tome las medidas pertinentes tendientes a evitar el menoscabo de los dineros públicos.

Su carácter es técnico preventivo o proactivo, toda vez que su fin no es otro que señalar a la entidad fiscalizadora que existen situaciones o hechos que no ofrecen confianza en su realización, por tanto ameritan la revisión por parte de la administración a fin de evitar un posible daño al Erario Público”⁹³. Si se tiene en cuenta que todos los organismos de control fiscal se encuentran instituidos para garantizar la debida protección que merecen los recursos del erario y, que pueden existir eventos en que el debido cumplimiento de esa misión sea necesario emitir pronunciamiento en el que se recuerde cual es el marco normativo que regula la actividad de los sujetos de control así como las consecuencias que puede generar su incumplimiento, nada impide que las contralorías y la Auditoría General de la República se pronuncien manifestando su opinión sobre procesos en curso que permitan adoptar decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico y que garanticen la debida protección que merecen los recursos de la comunidad. (subrayado fuera de texto).

Obviamente que el ejercicio de esta atribución se debe efectuar dentro de términos razonables y debidamente justificados, pues su ejercicio arbitrario puede dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias a la luz de lo establecido en los numerales 1º, 2º y 15 de la Ley 734 de 2002, que se deben leer en concordancia con lo previsto en el artículo 27 de la misma codificación. Lo anterior explica que en criterio de la AGR la posibilidad de emitir pronunciamientos sobre actividades en curso desarrolladas por los sujetos de control fiscal que puedan afectar el recurso público no sea de privativo y exclusivo ejercicio del Contralor General de la República sólo que en el evento en que ésta actuación se surta en el referido organismo recibirá la denominación de “control fiscal de advertencia” en aplicación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000. (subrayado fuera de texto).

La defensa de los intereses patrimoniales del Estado no es un objetivo en el que tan sólo se encuentre comprometida la Contraloría General de la República, por ello se impone

advertido desde el primer instante por el Contralor de Bogotá”

93 “Cita tomada del concepto No. 80112-1348 20 de mayo de 2003, emitido por la Contraloría General de la República”

admitir que el control fiscal encomendado a las contralorías territoriales y a la AGR también se debe “(...) realizar en tiempo real, en forma técnica y oportuna, no sólo con el fin de resarcir el daño al patrimonio estatal, sino también de advertir y reducir los riesgos que pueden menoscabar el patrimonio público”.

6.8. LAS ACCIONES DE CONTROL QUE PROMUEVE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política de 1991 estableció nuevos parámetros hacia los cuales debe dirigirse la vigilancia de la gestión fiscal, orientada hacia “el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados⁹⁴”, ello implica que las contralorías deben evaluar si la gestión fiscal ha cumplido con el referente constitucional de destinar los recursos públicos al cumplimiento de los fines del Estado. La Ley 42 de 1993 se encargó de desarrollar estos postulados definiendo en forma clara que la vigilancia de la gestión de los recursos por parte de las contralorías, debe estar dirigida a constatar si hubo buena gestión en términos de eficiencia y eficacia:

ARTÍCULO 12. “El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”.

ARTÍCULO 13. “El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”.

Con este nuevo esquema, al menos en teoría, se superó el infértil control numérico legal que permitía a las contralorías limitarse a revisar si las operaciones del Estado habían sido debidamente contabilizadas. Sin embargo, ese nuevo esquema se quedó en un discurso, por cuanto hoy por hoy no ha sido posible alcanzar el objetivo que pretendía el constituyente de 1991, según el cual, la revisión deberá centrarse en determinar si las inversiones y gastos están orientadas a cumplir los fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁹⁵.

94 Artículo 267 de la Constitución Política.

95 Artículo 2 de la Constitución Política.

Varias son las razones por las cuales no se ha logrado este objetivo, dentro de las cuales destacamos:

Falta de capacidad técnica de las contralorías. La gran mayoría de las contralorías no tienen el recurso humano suficiente y capacitado para asumir investigaciones complejas en las cuales se demuestre que en muchas ocasiones los gestores fiscales destinan los recursos públicos a gastos o inversiones que no están enmarcados en una política pública, no hacen parte del plan de desarrollo o no satisfacen necesidades de la comunidad.

Indebida aplicación del ordenamiento jurídico vigente. Aplicando los postulados constitucionales señalados, debería existir claridad relativa a que todos los gastos e inversiones que realicen las administraciones deben estar dirigidos al cumplimiento de los fines esenciales del Estado y en especial garantizar que los recursos se inviertan para satisfacer necesidades esenciales, procurar la mayor cobertura y mejorar los niveles de bienestar. En este contexto, no deberían existir obras inconclusas, ni infraestructuras diseñadas para destacar o permitir expresiones culturales realizadas en regiones con altos índices de necesidades insatisfechas. En muchas investigaciones realizadas sobre hechos como estos, se llega a la conclusión errónea de que, como se demostró, los recursos fueron invertidos, pero no existe responsabilidad fiscal, desconociéndose de plano que la gestión ha sido contraria a los lineamientos constitucionales ya reseñados.

Siendo la Auditoría General de la República la entidad de creación constitucional para vigilar la gestión de las contralorías y para impulsar el desarrollo y fortalecimiento de las mismas, su accionar durante sus 10 años de existencia ha estado dirigido a garantizar que las 63 contralorías del país cumplan su deber de constatar que los recursos se inviertan de acuerdo con los postulados establecidos en la Constitución y la Ley. En este sentido se están desarrollando las siguientes estrategias para coadyuvar a un control orientado a los resultados:

Control fiscal posterior pero inmediato a la contratación: Ante el incremento en los hechos de corrupción a nivel nacional y en las situaciones irregulares en las obras de infraestructura, la Auditoría General de la República impulsa proyectos para que las contralorías intensifiquen sus acciones de control a la contratación, inclusive desde el momento mismo de la legalización del contrato, utilizando las facultades legales otorgadas en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, analizado ya en el presente estudio. Con este proyecto se pretende mejorar los resultados del control fiscal en términos de eficacia y oportunidad. Seguimiento a denuncias de los medios de comunicación y a los requerimientos de la ciudadanía. Con este proyecto se busca que todas las noticias sobre posibles hechos de corrupción

e irregularidades en la contratación, así como denuncias de la ciudadanía sobre este particular sean atendidas por las contralorías en forma oportuna.

Desde hace veinte años trabajo en contratación, en 1990 era el Jefe del Área Administrativa y Financiera de la Presidencia de la República; soy docente en esa materia hace 10 años y hace 12 años trabajo con organismos de control, producto de esa experiencia describo las que estimo la docena de malas prácticas y corrupción más frecuentes en esta materia, que son precisamente el mayor reto de nosotros los organismos de control, para evitar la defraudación del Estado cada día mas sofisticada:

- 1 La indebida denominación de un contrato, por ejemplo una concesión la llaman arriendo; para lograr la selección directa del contratista, la finalidad desviada es la explotación directa de un bien público que requería una licitación. Otro evento es el de llamar prestación de servicios, a una actividad típicamente referida a actividades de consultoría que deben ser contratadas por concurso de méritos. *Disfrazar contratos.*
- 2 Se configuran los pliegos de condiciones como un traje a la medida de un solo proponente, quien será el único que podrá participar del proceso, nadie más cumple, rompiendo el principio de economía e igualdad. *Contrato a la medida.*
- 3 La modificación de los términos del pliego horas antes del cierre de la licitación, del concurso o de la selección, para favorecer a un proponente amigo quien supuestamente se entera en la madrugada del exótico cambio. *Cambiao de pliego.*
- 4 En el trámite de la licitación las visitas de campo se hacen una hora antes de lo previsto, así solo llega un proponente y los demás son excluidos. O, se manipulan las pruebas técnicas para descalificar uno o varios proponentes sin derecho a contradicción de los excluidos. *Manipulación técnica.*
- 5 El contrato se adjudica a un proponente por ser el precio más bajo, pero transcurridos unos meses en la ejecución, el proponente hace una reclamación del precio, éste se ajusta y termina pagándose más del precio de los otros proponentes. *Falsas ventajas.*
- 6 De tres empresas en adelante se ponen de acuerdo para formar un cartel, manipulan la fórmula económica en cada licitación de tal forma que hacen un carrusel para ganarse los procesos de selección de todo un sector. *Cartel o carrusel.*
- 7 Se adjudica un contrato por las calidades de un proponente y al cabo de un poco tiempo se autoriza la cesión a un tercero, que no tenía esas calidades o experiencia. *Suplantación del contratista.*

- 8 Se justifica una contratación directa en la exclusividad de un proponente único, persona natural o jurídica, lo cierto es que en el mercado hay otros con idénticas o mejores calidades, entonces procedía la licitación pública. *Supuesto exclusivo.*
- 9 Se hace un contrato pantalla o fachada; interadministrativo, ciencia y tecnología o de aporte a una fundación, supuesta cooperación, para luego hacer contratación directa en la ejecución de ese contrato con la repartija de plata sin control. *Contrato fachada.*
- 10 La finalidad del contrato es generarle un pleito al Estado que producirá jugosas utilidades, al contratista, así la administración se equivoca ex profeso para una posterior condena o conciliación que se reparte entre los cómplices. *Pleito Si, Contrato No.*
- 11 Se selecciona un contratista a quien se le adiciona el contrato sin límite, a través de la fórmula de precios unitarios o la prórroga de una concesión o un privilegio en la explotación de un bien público con jugosas y exclusivas utilidades. *Contrato sin Fin.*
- 12 La fórmula más tradicional de defraudación es el incumplimiento de las especificaciones de calidad o cantidad, que va desde el número de hojas en una resma de papel, las especificaciones del pavimento, hasta los componentes de un computador. Baja calidad.

Precisamente para evitar todo lo anterior y no hacerle apología a la corrupción, en la AGR se ha preparado una Guía para Combatir la Corrupción en la Contratación, con los riesgos frecuentes, las conductas penales y las faltas disciplinarias gravísimas, así como, los supuestos de responsabilidad fiscal. Hoy la intervención oportuna de las autoridades de control y de la justicia, con tutelas o acciones populares ha frenado algunas de estas desviaciones. De ahí también nuestra obsesión por una Contratación Visible y no oculta, que se pueda vigilar oportunamente. Hoy las denuncias de los medios y la ciudadanía son la principal fuente de información para evitar la corrupción.

6.9. LA TIPIFICACIÓN DE RIESGOS FISCALES BASE EN LA GUÍA AGR

En el marco de lo anterior la Auditoría General de la República ante el incremento de casos de corrupción en la contratación, consideró necesario contar con el apoyo de expertos en contratación para identificar los principales riesgos que actualmente se presentan en esta materia y que llevan consigo la pérdida de recursos públicos. Así, en documento elaborado por la doctora Sandra Verano Henao y con el apoyo de José Luis Benavides, con el equipo de la Auditoría se identificaron los siguientes riesgos, así como la forma en que es posible mitigarlos

La tipología de los distintos comportamientos irregulares puede presentarse desde distintos puntos de vista. Teniendo en cuenta los destinatarios de este estudio y con el objeto de sistematizar de la manera más clara posible la identificación de irregularidades, hemos enunciado cinco grandes grupos, que permiten sistematizar los comportamientos ilícitos. Ellos son, las fallas relacionadas con la publicidad (1), aquellas relacionadas con la estructuración de los contratos (2), las irregularidades en los procedimientos de contratación (3), el mal manejo en la tipología de los contratos (4) y las fallas en su ejecución (5):

1. Fallas en la Publicidad

1.1. *La omisión en el cumplimiento de los requisitos de publicidad en el SECOP, de que trata la Ley 1150 de 2007 y la ausencia de control en las entidades frente a estas irregularidades.*

Descripción:

La Ley 1150 de 2007 reforzó la transparencia, ordenando la publicación de distintas actuaciones de la gestión contractual en el portal de Contratación Estatal (<http://www.contratos.gov.co>) con el objeto de dar a conocer los proyectos y su desarrollo, ampliando así la concurrencia de proponentes, así como las posibilidades de control sobre las actuaciones contractuales.

Las entidades no siempre cumplen con estas obligaciones, lo que auspicia contrataciones sin publicidad eficiente y la no justificación de las medidas adoptadas durante las distintas fases de la gestión contractual.

La regulación contractual insiste en la publicidad, por lo que es importante recordar las normas relacionadas:

Decreto 2474/08

Artículo 8°. Publicidad del procedimiento en el Secop.

L-1150/07

Artículo 8o. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos.

Dto. 2474/08

Artículo 9°. Publicidad del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo

Mecanismos de Mitigación

Los organismos de control deben examinar el cumplimiento de estas disposiciones de publicidad, para lo cual es útil realizar una lista de verificación de las actuaciones que deben publicarse, discriminadas según los distintos momentos de la gestión contractual: realización del proceso de selección, ejecución del contrato.

Aunque es necesario respetar TODAS las obligaciones de publicidad consagradas en la ley y reglamento, algunas son de particular importancia, por constituir momentos claves en la identificación de irregularidades. Ellas ponen de presente la buena o mala motivación de las entidades en la gestión contractual, así como el carácter completo o incompleto de la información publicada, todo lo que resulta determinante para identificar posibles irregularidades.

Así, las actuaciones que deben ser publicitadas y sobre las cuales debe haber una especial vigilancia son:

a) En el proceso de selección:

- Aviso de convocatoria con los prepliegos y los estudios y documentos que los soportan, POR LO MENOS 10 días hábiles antes al acto de apertura de la licitación o concurso o 5 días, en el caso de selección abreviada y concurso de méritos con propuesta técnica simplificada.
- Observaciones a los prepliegos sugeridas por los interesados, así como las apreciaciones de la entidad frente a ellas
- La lista corta o lista multiusos del concurso de méritos
- El acto administrativo de apertura del proceso.
- Las actas de aclaración de pliegos
- Las adendas al pliego
- El acta de la audiencia de asignación de riesgos previsibles
- El pliego definitivo
- El informe de evaluación, así como las observaciones de los proponentes y las respuestas de la entidad a estas observaciones
- Los actos de suspensión, reanudación del proceso de contratación, así como el de revocación
- Acta de la audiencia de adjudicación
- Acto de adjudicación del contrato

b) En la etapa de ejecución contractual

- El contrato
- Las adiciones, modificaciones del contrato
- La suspensión de la ejecución del contrato
- Las sanciones impuestas a los contratistas o a los proponentes
- El acta de liquidación de mutuo acuerdo o el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.

Los organismos de control deben igualmente tener en cuenta que las entidades que no cuenten con los recursos tecnológicos para publicar la información en le SECOP deben informar esta situación al Ministerio de comunicaciones, así como el plan que adopten para solucionar la deficiencia (Dto. 2474/08, Art. 8).

El Decreto también prevé que la imposibilidad de utilizar los medios electrónicos obliga a las entidades a publicar avisos de prensa informando dónde pueden ser consultados el proyecto de pliego y su versión definitiva y la publicidad de todos los actos mencionados.

El Decreto fue exigente en la realización de esfuerzos para lograr la conectividad, hasta el punto de establecer que la ausencia de estas medidas constituye una falta disciplinaria por la vulneración de deberes funcionales (Art. 8, par. 1).

Igualmente, la reglamentación exige una publicidad inmediata de cada actuación: antes de 3 días hábiles siguientes (Art. 8, par. 2)

Además, debe tenerse en cuenta la obligación de publicación de los contratos, cuya información completa es importante para determinar su objeto y alcance. Por el contrario, la información deficiente es indicadora de posibles irregularidades.

En cuanto a la frecuencia significativa de las irregularidades que requieren particular atención por parte de los organismos de control, son significativas las siguientes:

1.2. Ausencia de publicidad de adendas, requisitos de habilitación, pliegos que no están en línea, obligación de compra de pliegos en la entidad e información ilícita de aspectos reservados de la licitación.

Descripción

Publicidad de Adendas

La ausencia de publicidad de las adendas es indicativa de posibles orientaciones del pliego para favorecer a un proponente en particular. Las adendas corresponden a modificaciones

del pliego para mejorar las condiciones técnicas del futuro contrato o la concreción del proponente ideal. No obstante, las adendas son medio privilegiadas para amañar las licitaciones. El exigir condiciones complementarias o particulares omitiendo la publicidad que permita a los proponentes la adaptación de sus ofertas constituye un indicio importante de irregularidad significativa.

La dificultad en la identificación de esta omisión hace que la irregularidad se detecte generalmente con posterioridad a su ocurrencia. Los organismos de control deben verificar que cada una de las adendas efectivamente se publicó. Una omisión debe despertar alertas frente a la explicación de la omisión y posibles coincidencias en aspectos que finalmente resultaron esenciales para la selección del contratista.

Publicación de requisitos de habilitación, de visita de obra en tiempo no útil para los proponentes.

En igual sentido, es frecuente que se establezcan requisitos sorpresivos y que se omita su publicidad para que sólo puedan cumplirlo algunos proponentes.

Pliegos que no están en línea e imposición de la compra en la sede de la entidad

La Ley 1150 de 2007 prohibió el cobro de los pliegos de condiciones (Art. 2, par. 4º). Sin embargo, algunas entidades han recurrido a la omisión de su publicación en la página Web de la Entidad para imponer a los interesados adquirir copias de los mismos a precios elevados, con lo cual reproducen la prohibición y limitan la participación en los procesos de selección.

Información ilícita de aspectos reservados de la licitación que dan ventaja al proponente

Esta forma de tergiversar la concurrencia en los procesos de contratación es la más difícil de detectar. Los organismos de control deben recurrir a la identificación de indicios que les permitan concluir sobre esta realidad, en la medida en que su prueba directa es rara.

Las irregularidades relacionadas con la publicidad se manifiestan de manera transversal en las distintas fases de la gestión contractual, y son indicativas de diversas anomalías. Ellas no siempre son reflejo de corrupción y pueden obedecer a desórdenes administrativos. Sin embargo, pueden ser indicios importantes de fallas voluntarias que buscan esconder comportamientos ilícitos.

Mecanismos de Mitigación

Para estos eventos, los organismos de control deben observar el cronograma de la licitación o los requisitos del mecanismo de selección que les obligue (licitación, selección

abreviada, concurso de méritos o contratación directa), para verificar el cumplimiento detallado de cada uno de los procedimientos y así poder detectar la posible ocurrencia de anomalías.

Es importante por ello que los organismos de control verifiquen la publicación de pliegos en las páginas web de las entidades, así como la justificación de las limitaciones de conectividad y las actividades desarrolladas por la entidad para superar sus limitaciones. Fuera de estas condiciones, no es lícito abstenerse de publicar en el portal de Contratación, de conformidad con la regulación señalada. Igualmente, el acceso a la documentación de los procesos de contratación debe ser fácil y de costo razonable.

A través de las deficiencias en la publicidad, los organismos de control pueden iniciar investigaciones para determinar el origen de las irregularidades y, vinculados con otros indicios, poder iniciar procesos sancionatorios.

2. Fallas en la estructuración del contrato

Para la Guía de la AGR cronológicamente, la estructuración del contrato es la primera fase de la gestión contractual. La Ley 80 de 1993 había ya insistido en la importancia de la planificación, a través de varias de las manifestaciones del principio de economía. Al igual que la publicidad, las manifestaciones de la planificación indican el adecuado proceso de estructuración. Las irregularidades que se puedan presentar no siempre son indicativas de corrupción, pero su materialización puede ser el instrumento de comportamientos ilícitos que se pueden tipificar en distintas categorías de problemas.

2.1. Problemas presupuestales

La materia presupuestal es compleja y exigente. Los errores en su desarrollo reflejan disfuncionamientos administrativos, pero en muchas ocasiones son la parte visible de irregularidades más significativas, realizadas conscientemente.

2.1.1. Transferencias de la Nación a las entidades territoriales en época electoral

Descripción:

En una etapa temprana es posible que se realicen movimientos presupuestales con el fin de alimentar las campañas políticas locales. Más allá de las dificultades complejas de las transferencias fruto de las regalías por recursos naturales, los períodos electorales vienen acompañados con mucha frecuencia de un alto volumen de transferencias a través de convenios interadministrativos de cooperación entre entidades nacionales y territoriales.

Las ayudas de la Nación a las regiones, que pueden significar una coordinación de esfuerzos para el desarrollo de proyectos regionales o locales, pueden ser en realidad un mecanismo fraudulento para transferir altos volúmenes de recursos presupuestales que permiten la realización de múltiples contratos medianos o pequeños que tienen por objeto pagar favores políticos.

Según el estudio realizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Banco Mundial (agosto de 2000) “en épocas electorales, las transferencias regionales alcanzaron el 50% cuando para el mismo periodo y en condiciones normales solo llegan al 20%”⁹⁶.

Mecanismos de Mitigación

Los organismos de control deben realizar, en cada entidad supervisada, un análisis global de los convenios interadministrativos de cooperación para identificar los objetos específicos. Esta primera aproximación, les permite tener una visión de conjunto del tipo de proyectos, modalidad, destinatarios de las ayudas. Luego, es necesario analizar el grado de desarrollo de estos proyectos para determinar su coherencia tanto individual como de conjunto. En fin, resulta esencial hacer un seguimiento cuando se detectan grandes y sistemáticas transferencias. Con frecuencia, las entidades territoriales ejecutoras carecen de mecanismos de supervisión y control sobre la ejecución específica de los subcontratos que se derivan de estos convenios interadministrativos.

El riesgo en estos eventos es muy alto en época electoral y si bien el impacto individual puede no ser muy importante, la suma de los múltiples contratos de ejecución del convenio interadministrativo sí suele serlo.

2.1.2. Contratos sin soporte presupuestal

Descripción:

Los contratos sin soporte presupuestal corresponden a lo que usualmente se denomina “hechos cumplidos”. La entidad confía una prestación a un particular sin contar con el contrato correspondiente, ofreciendo al particular la tranquilidad de un pago posterior a través de un proceso de conciliación.

96 JARAMILLO, Liliana: Riesgos de Corrupción en materia de Contratación. Departamento Administrativo de la Función Pública y el Banco Mundial. Agosto de 2000.

La irregularidad es representativa por cuanto a través de este mecanismo se pueden adelantar prestaciones muy significativas que, de hacerse regularmente, implicarían la realización de procesos de contratación más o menos complejos en los que habría concurrencia para la selección del contratista. Además la irregularidad impide la contratación a precios justificados, lo que puede significar sobrecostos frente a la prestación recibida, con el consecuente detrimento patrimonial.

Mecanismos de Mitigación

Si bien la identificación de esta situación es simple, en la medida en que no hay un contrato con las formalidades exigidas en la ley y sin reserva presupuestal, su control no está en esta constatación, sino en el del mecanismo utilizado para pagar estas prestaciones, esto es, la conciliación.

Por ello, los organismos de control deben vigilar atentamente las conciliaciones y tener en cuenta la evolución jurisprudencial al respecto. En el pasado, el Consejo de Estado resaltaba la realización específica de las prestaciones o las fallas administrativas que generaban en el particular la expectativa de un contrato que nunca se perfeccionaba. Consecuentemente, esta jurisprudencia reconocía un enriquecimiento sin causa para la administración, por la ausencia de contrato perfeccionado, y la indemnización integral del particular, incluida su expectativa de lucro.

Hoy, el Consejo de Estado restringe doblemente el reconocimiento e indemnización por enriquecimiento sin causa. Por una parte, resalta el comportamiento del particular y rechaza la figura cuando encuentra que éste era consciente o debía ser consciente de las exigencias formales de la contratación pública para perfeccionar el contrato. Tiene entonces en cuenta la culpa del particular que realizó la prestación sin contrato. Y, por otro lado, cuando reconoce el enriquecimiento sin causa, el Consejo de Estado resalta que la consecuencia es una restitución de patrimonios, que busca anular el emprobecimiento sin causa jurídica, por lo que la indemnización está limitada a los gastos reales, debidamente probados, lo que no incluye el lucro cesante, esto es, la aspiración de beneficio que el particular aspiraba tener con una operación que, jurídicamente, nunca existió.

El riesgo de ocurrencia de estos casos es importante, acentuado en época electoral, en la medida en que a través de él se pueden pagar favores políticos con repercusiones presupuestales posteriores. Los organismos de control pueden estar vigilantes a través de la supervisión de las conciliaciones en las que deben exigir la aplicación de la línea jurisprudencial descrita.

2.1.3. Fraccionamiento del contrato para contratar directamente o en menor cuantía

Descripción:

El fraccionamiento de los contratos es un mecanismo clásico de elusión u omisión de los procesos licitatorios. A través de él, las entidades subdividen artificialmente un objeto contractual complejo para hacer pequeños lotes cuya cuantía no exige la realización de la licitación o de los procedimientos intermedios de selección abreviada. La realización de varios procesos pequeños o medianos permite atribuirlos flexiblemente a los proponentes deseados.

El fraccionamiento de contratos puede tener múltiples manifestaciones. La más sencilla es la división de distintas etapas de las prestaciones contractuales, como cuando se subdivide una carretera en varios tramos o una formación de funcionarios en varios grupos. Pero las modalidades pueden ser más complicadas, identificando objetos específicos que reflejan prestaciones particulares relacionadas con una operación compleja.

El impacto del procedimiento sobre la concurrencia es evidente, pero no así sobre los costos de la contratación. Si bien es posible que la subdivisión permita contratos individuales cuya suma es más costosa que la realización de uno sólo, ello no necesariamente es así.

Mecanismos de Mitigación

La frecuencia de esta irregularidad es importante, pero su mitigación es difícil de establecer. Por una parte es necesario identificar distintos contratos que corresponden en realidad a un objeto único, lo que en la práctica es complejo. Por otra parte, la subdivisión de una operación concreta no es de por sí irregular. En muchas ocasiones es importante y deseable que así se haga, por cuanto la especialidad de las distintas prestaciones realizadas hace interesante y rentable para la administración el contratarlo separadamente.

Los organismos de control deben entonces ser vigilantes frente a esta irregularidad pero, al mismo tiempo, conscientes de la posibilidad de subdivisiones provechosas para la entidad, sin dejar de lado la verificación de la realización de los estudios de conveniencia y oportunidad para planear el gasto y la observancia del plan anual de compras de la entidad, documentos importantes para establecer la justificación de la división o su carácter artificial.

También se debe observar la frecuencia de obras o servicios relacionados como indicadores de un posible fraccionamiento de contratos.

2.1.4. Obras o servicios contratadas con presupuesto insuficiente para poder terminarlas

Descripción

Es frecuente que las entidades comprometan los recursos que tienen, aunque son conscientes de que ellos no serán suficientes para concluir la ejecución completa del contrato. La modalidad introduce un desorden en la planificación, por cuanto se contrata sin la disponibilidad presupuestal suficiente.

En muchas ocasiones este proceder no es la manifestación de un comportamiento corrupto, sino la adaptación ante las dificultades presupuestales. Llegado el fin de año la entidad no puede “perder” la partida que tiene destinada a una obra o proyecto, por lo que se hace esencial comprometerla en lo que pueda realizar, confiada en la consecución del faltante en la vigencia presupuestal siguiente.

No obstante, el mecanismo sí puede ser el reflejo de finalidades ilícitas al contratar obras o servicios sobre los que no se tienen definición previa de su verdadero costo. El resultado es la prolongación de prestaciones y las adiciones de contratos que multiplican en ocasiones varias veces el valor inicial contratado.

El riesgo de ocurrencia de estas irregularidades es alto, en particular en época electoral, por cuanto las partes saben pertinentemente que el presupuesto por el que se contrata inicialmente se ampliará para la realización completa del contrato.

Mecanismos de Mitigación

Los organismos de control pueden mitigar este riesgo identificando los contratos adicionales y, en general, las modalidades de adición de contratos. En efecto, la Ley 80 de 1993 (Art. 40, par.) limitó las adiciones de los contratos al 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales.

No obstante, el control sobre las adiciones presenta dificultades en torno a la caracterización de éstas, frente a los contratos de precios unitarios. En efecto, la jurisprudencia administrativa ha considerado que en esta forma de pago, sólo habría lugar a la celebración de contratos adicionales cuando se modificaran los precios unitarios. Por el contrario, si la ejecución del contrato exigía mayores cantidades de las unidades definidas inicialmente, el contrato adicional no sería necesario. Sin embargo, la jurisprudencia considera que estos aumentos en las cantidades de obra deben ser racionales y hoy se debe tener

presente que la Ley 80 de 1993 se refirió genéricamente a que “los contratos no podrán adicionarse en más del 50%”, sin distinguir la modalidad de la adición.⁹⁷

Por consiguiente, las entidades de control deben ser vigilantes frente al “aumento” de más de 50% del valor de los contratos, lo que en principio es una labor sencilla a través de la liquidación de los mismos.

2.1.5. Aprobación de presupuesto (concejo, asamblea) a cambio de contrato

Otra irregularidad frecuente en materia presupuestal es la negociación de contratos con las corporaciones de elección popular, en particular concejos y asambleas. La aprobación de las autorizaciones que estas corporaciones de elección popular otorgan a los contratos de alcaldes y gobernadores se subordina a la participación que aquellas tienen en los respectivos contratos.

Mecanismos de Mitigación

El riesgo de esta modalidad es variable, según las corporaciones, pero su resultado siempre es grave. Los organismos de control deben tener presente la jurisprudencia de la Corte (C-086-95; C-738/01) y el Consejo de Estado (sec. III, sent. 10/08/05, exp. 13602) que ponen de presente el carácter excepcional de las autorizaciones, cuando los concejos y las asambleas determinen que ciertos contratos o ciertos montos hacen importante la autorización previa. Por consiguiente, las corporaciones de elección popular no pueden convertirse en coadministradores, razón por la cual la exigencia sistemática de autorizaciones o la imposición injustificada de ellas son contrarias a la separación de competencias entre asamblea o concejo y las administraciones departamentales o municipales.

2.2. Estudios y justificación de la contratación

2.2.1. Uso exagerado de la Urgencia Manifiesta

Descripción:

Exagerado uso de la “Urgencia Manifiesta” como forma de selección de contratista, que, siendo un mecanismo por vía de excepción ante circunstancias especiales, se acude a él sin fundamento en las causales que por ley lo permiten y como instrumento ordinario de contratación, violando así los principios de la selección objetiva y de la transparencia. Se debe precisar que la Urgencia Manifiesta es una de las causales de Contratación

⁹⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 1439 de julio 18 de 2002 y 1121 del 26 de agosto de 1998.

Directa que está prohibida por la Ley de Garantías (Ley 996 de 2005, artículo 33); sin embargo la excepción contenida en la misma ley y en la Directiva Presidencial del 13 de Noviembre de 2009 puede dar lugar a que se abuse de la misma excepción so pretexto de conceptos técnicos amañados o enmarcados dentro de situaciones de emergencia.

Mecanismos de Mitigación

Si bien esta conducta está relacionada con la falta de gestión de las entidades al pretender usar la figura como la regla general de la contratación, no es menos cierto que nos encontramos frente a una conducta corrupta, toda vez que las resoluciones que se dictan para justificar la contratación, son amañadas en su motivación llegando incluso a contener falsedades para justificar el acto.

Corresponde entonces a los organismos de control, verificar si efectivamente se han dado los supuestos que permiten la aplicación de la excepción y si con la contratación verbal inmediata se está protegiendo el interés general al atender prontamente la situación de excepción. Esto es, si los hechos esgrimidos por la entidad se enmarcan dentro de alguna de las causales del artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

De no ser así, se estaría bien frente a la omisión de los estudios de planeación que exige la ley ó, frente a la violación de los procesos de selección del contratista.

De otra parte, no se debe perder de vista que esta es una figura de excepción que opera tanto de manera preventiva (permitir la continuidad del servicio), como de manera curativa (atención de eventos de desastre y calamidad). Esta especial función de la figura le sirve a los auditores y contralores para hacerse la pregunta de si efectivamente se ha configurado un hecho excepcional e irregular y no una situación de negligencia, descuido u omisión de la entidad, que pretende ser disfrazada de urgencia manifiesta.

2.2.2. Ausencia de estudios serios de factibilidad y conveniencia

Descripción:

Es una conducta que implica la falta de planeación del contrato y la omisión en el cumplimiento de los estudios de conveniencia y oportunidad a que se refieren los artículos 26, numeral 3 y 30, numeral 1 de la Ley 80 de 1993. La entidad omite hacer un estudio previo de sus necesidades y planear la futura contratación. Esta omisión lleva indiscutiblemente a la violación flagrante de los procesos de selección de contratistas y a la celebración errada de un contrato que seguramente adolece de vicios en su formación,

además de la violación del principio de publicidad a que se refiere el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007.

Un estudio de conveniencia bien elaborado por la entidad define la forma de contratación (licitación, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa), prepara a la entidad para el cumplimiento jurídico y económico de la nueva contratación y le permite identificar los riesgos de la futura contratación⁹⁸.

La falta de observancia de los estudios de conveniencia, no solo da al traste con el proceso de selección, sino que es 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 hecha de manera apresurada y sin planeación.

Mecanismos de Mitigación

Se debe elaborar una guía del contenido mínimo de un estudio de conveniencia tanto para la adquisición de bienes y servicios como para la contratación de obras, con el fin que las entidades lo sigan como modelo a fin de evitar documentos superficiales que pretenden ser estudios para llenar el requisito de ley.

Asimismo, los entes de control deben revisar que los estudios preparados por las entidades se ajusten al plan de compras y respondan efectivamente a las de necesidades de la entidad y de la comunidad, además de contar con un soporte presupuestal para acometer el gasto. Esta verificación permitirá también saber si el proceso de selección de contratistas escogido por la entidad es el correcto y si se ha hecho la identificación de los riesgos que pueden afectar el contrato futuro o generar desequilibrios económicos.

2.3. Pliego

2.3.1. Condiciones técnicas de suministro exclusivo que otorgan exclusividad del contratista y exigencias formales cuyo incumplimiento genera exclusión del proponente

Descripción

El Estatuto de Contratación Estatal señala en su artículo 24 numeral 5, relativo al principio de transparencia, las características y requisitos que debe contener el pliego de condiciones, y

⁹⁸ Departamento Nacional de Planeación. Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública. Bogotá, Diciembre de 2004.

ordena la definición de reglas objetivas, justas y claras que no induzcan a errores y la no inclusión de condiciones o exigencias de imposible cumplimiento. Señala además la Ley 80 de 1993 que las estipulaciones de los términos de referencia que contravengan estas disposiciones serán ineficaces. No obstante, es precisamente en este momento de la formación contractual donde se utilizan prácticas excluyentes, violatorias de la libre competencia.

Las exigencias técnicas son sin duda una garantía para la administración de que el proponente que resulte ganador será un contratista que tendrá la experticia para el correcto desempeño de sus obligaciones; sin embargo, un pliego en el que se realizan exigencias de imposible cumplimiento para la mayoría de contratistas, no siempre responde a las necesidades de la entidad públicas, sino al deseo de eliminar competidores y de direccionar licitaciones para que sólo un proponente pueda ser quien cumpla los requisitos o para garantizar que obtendrá la mejor puntuación.

Mitigación

El Registro Único de Proponentes les permite a los organismos de control observar toda la información relacionada con un contratista, en especial su capacidad técnica, financiera y su experiencia relacionada. La consulta frecuente de esta herramienta permite detectar posibles direccionamientos de los pliegos, en especial si se observa que para la realización de determinados contratos, algunas exigencias técnicas por más complejas y detalladas que se presenten, no tienen relación con el objeto contractual o su cumplimiento poco importa para el fin de la modalidad de selección que se está aplicando.

Vale la pena recordar en este punto la disposición de la Ley 80 de 1993 que establece que: “las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.

2.3.2. Términos exiguos para la preparación de la oferta

Descripción

Si por un lado el Estatuto Contractual ordena la “austeridad de tiempo”⁹⁹ en los trámites,

⁹⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 25: principio de economía, numeral 4.

por otro lado obliga a la realización de todas las actuaciones de las autoridades de manera pública. Algunos procesos de contratación imponen términos exigüos e imposibles de cumplir para la preparación de una oferta, mientras que en otras ocasiones la falta de una amplia publicidad del pliego de condiciones impide que los proponentes, que pueden cumplir con todos los requisitos, no se presenten a concursar. Este tipo de conductas denotan no solamente el deseo de privilegiar a un proponente, (a quien se le ha hecho conocer de manera privada las exigencias de la oferta con tiempo suficiente), sino además el pobre desempeño de una entidad pública que no le otorga a sus futuros proponentes el tiempo necesario para que realicen una oferta seria.

Mitigación

La aplicación del principio de economía no puede significar en ningún momento la adopción de términos extremadamente cortos e insuficientes para que un proponente pueda realizar un estudio detallado de los requerimientos y preparar de manera cuidadosa y pormenorizada su propuesta. Los organismos de control tienen a su cargo el examen de estos tiempos, y dentro de sus actuaciones deben observar la racionalidad con la que han sido otorgados por la administración en cada una de las actuaciones, así como el establecimiento de mecanismos efectivos de recepción de denuncias por parte de proponentes que se han visto afectados por el actuar apresurado de algunas entidades públicas.

2.3.3. Programación irracional de actuaciones del proceso de selección que impiden asistencia de proponentes

Descripción

Otra práctica desleal que está dirigida a beneficiar a un proponente que ha obtenido información privilegiada, es la celebración de repetidas actuaciones programadas de manera tal que los proponentes no puedan asistir ni cumplir con los requerimientos exigidos.

De nuevo es una conducta que deja entrever la falta de planeación de las entidades públicas, cuando no el favorecimiento de manera ilegal de un proponente al que se le ha informado de manera previa y privativa sobre lo que acontecerá en las cada una de las actuaciones administrativas.

Mitigación

El control sobre la forma en como se han publicitado cada una de las actuaciones es el arma más efectiva para atacar estas conductas desviadas. Al igual que sucede con la

imposición de tiempos exigüos para la realización de diversas actuaciones, el control de las entidades encargadas debe centrarse en observar la racionalidad de las actuaciones y verificar si su acumulación y celebración expedita no responden a prácticas que busquen favorecer a un proponente en particular. En todo caso, la falta de planeación y la incompetencia de las entidades públicas para determinar los tiempos justos y necesarios para adelantar un proceso contractual adecuado, no puede convertirse en un eximente de responsabilidad y en la excusa recurrente de la administración estatal para alegar en su favor su propia culpa.

2.3.4. Ausencia de criterios concretos de selección

Descripción:

Los criterios de selección definidos en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 tendientes al logro de la selección objetiva de la mejor propuesta y a los que también se refiere el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, deben ser evaluados desprovistos de factores de afecto o interés y en general cualquier clase de motivación subjetiva.

La conducta deshonesta se presenta en varias direcciones: una, es la inclusión de requisitos ambiguos para después permitir una interpretación subjetiva del funcionario evaluador; otra, es la inserción de requisitos exclusivos que un solo oferente está en capacidad de cumplir y una tercera es establecer criterios subjetivos que el evaluador puede libremente manejar dentro de la evaluación, como es el caso de asignación de un mayor puntaje como premio a la buena presentación de la oferta o por precios bajos o por menores tiempos.

Mitigación

Los entes de control deben verificar que los criterios de selección sean claros, precisos, objetivos, cuantificables y desprovistos de cualquier interpretación subjetiva del funcionario calificador, y que la ponderación a esos criterios responda a la aplicación de factores matemáticos o numéricos y no a expresiones que den cabida a consideraciones discrecionales del calificador, tales como excelente, bueno, regular o malo.

Los factores objetivos de evaluación ya están establecidos en el Estatuto contractual y corresponden a criterios como la calidad, el cumplimiento, la experiencia, el plazo, el precio y en general la consideración de factores técnicos y económicos que permitan a la entidad la selección de la mejor propuesta, dando a sí estricto cumplimiento a los principios de la selección objetiva y de la transparencia.

3. Fallas en los procedimientos de contratación

Otro tema esencial para la Guía de la AGR está referido a los procedimientos de selección, así:

3.1. Criterios de desempate

3.1.1. Balotas cargadas para desempate en la adjudicación de contratos

Descripción:

Práctica que consiste que ante el empate técnico o igualdad en la calificación de los factores de ponderación entre dos proponentes, la entidad decide adoptar mecanismos de azar que lleven al desempate. Uno de ellos es la denominada “balota fría”.

Este procedimiento consiste en que se designa una balota ganadora, por color o número. Luego en la bolsa de balotas que se ofrece se permite al contratista que se quiere favorecer que sea él quien en primera instancia al tacto escoja la balota ganadora recién salida del congelador.

Mecanismos de Mitigación

Los organismos de control pueden propender porque los mecanismos de desempate no respondan al uso del azar, sino que se valore la mejor calificación técnica obtenida dentro del orden de elegibilidad por los proponentes, sin dejar de lado los mecanismos ya establecidos en la ley de contratación, como son el precio más bajo como mecanismo de desempate en el proceso de subasta inversa.

3.2. Audiencias y adendas

3.2.1. Adendas expedidas como consecuencia de las audiencias de aclaración de pliegos y las adendas cercanas al cierre de la licitación.

Descripción:

La primera conducta consiste en que el proponente o empresario, en connivencia o complicidad con la Administración, busca modificar o cambiar los términos de referencia con el propósito que el bien o servicio sólo pueda ser prestado por él en forma exclusiva, o mediante la inclusión de requisitos técnicos o administrativos que sólo él puede proveer.

Estos procedimientos anómalos le permiten a uno de los proponentes y a la Administración ir cambiando las reglas de juego hasta conducir la adjudicación a su favor por cuanto es el único en capacidad de ofrecer y cumplir lo exigido por la entidad.

La segunda conducta se presenta momentos antes del cierre de la licitación y corresponde a hechos conocidos de antemano por uno de los proponentes, quien en asocio con la entidad logra que esta última expida el acto administrativo de adenda, modificando los términos del pliego de condiciones a fin de hacer exigencias que sólo él está en condiciones de cumplir.

Se presenta entonces un direccionamiento de la licitación para favorecer a un solo oferente mediante la exigencia de requisitos de última hora, generando desventajas para todos los demás concursantes y evitando la posibilidad de que otros nuevos proponentes puedan concurrir al proceso licitatorio por la imposibilidad de informarse.

Mecanismos de Mitigación

En primer lugar, si hay realmente cambios que hacer a la licitación, se debe ampliar el plazo de ésta para permitir la participación abierta de todos aquellos que se considere están en capacidad de ofrecer lo que la entidad requiere.

Los organismos de control deben verificar la necesidad real de los cambios efectuados mediante la adenda y acudir al registro de proponentes que llevan las Cámaras de Comercio para examinar que haya más oferentes en capacidad de cumplir, garantizando así la libre concurrencia.

3.3. Relativos a ofertas

3.3.1. Amanguamiento (ponerse de acuerdo) entre contratistas para distribuirse contratos

Descripción:

Esta práctica consiste en acuerdos que hacen los privados para eliminar la sana competencia y repartirse los contratos entre ellos al obtener que un tercer participante sea eliminado. Es la denominada “Zanquilla” de que trata el Manual de Transparencia del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción.

Evidentemente son prácticas o usos que descarrilan el normal desarrollo de cualquier proceso de contratación, toda vez que se hacen pactos previos alrededor del precio o de condiciones técnicas que el otro no tiene, o de ofrecimientos alternativos que deslumbran a la administración y orientan indebidamente la asignación del contrato hacia los oferentes corruptos.

Dentro de estas prácticas podemos encontrar el monopolio de contratistas por concentración de contratos, donde los oferentes se muestran como los únicos capaces e idóneos de proveer bienes o servicios al Estado, logrando obtener una posición dominante en el mercado y restringiendo la libre competencia. Esta práctica afecta la calidad de los bienes y servicios y encarece el valor de los mismos.

También se encuentra el Carrusel de contratistas, popularmente conocido como “hoy por ti mañana por mí”, modalidad de corrupción consistente en acuerdos que hacen grupos cerrados de proponentes para distribuirse los contratos de la entidad en forma rotativa y continua, so pretexto de hacer una distribución equitativa de los negocios. La iniciativa también puede surgir de la propia entidad con el mismo pretendido fin de dividir en forma justa e igualitaria los contratos.

Esta modalidad también lleva a componendas o pactos previos entre los proponentes para turnarse la adjudicación de los contratos y así permitir que todos tengan la oportunidad de contratar con el Estado.

Adicionalmente existe otra modalidad de acuerdo consistente en convenir el precio mínimo a ofertar en la subasta, llegando incluso a pactar la indemnización del perdedor.

Mecanismos de Mitigación

Estos son comportamientos difíciles de detectar, de comprobar y de juzgar, porque finalmente en condiciones de mercado esos acuerdos son válidos. La conducta deshonesta estaría en la promesa de pago que hay detrás de esos acuerdos.

Una de las formas de hacerle frente a esta problemática está en que los organismos de control verifiquen que las entidades públicas publiciten ampliamente la necesidad de la Administración para permitir la libre competencia de oferentes y garantizar así una libre competencia y participación de varios y no de unos pocos.

3.3.2. *Conflicto de intereses entre contratistas e interventores.*

Descripción:

Como consecuencia de las prácticas deshonestas de repartirse los contratos, nace esta conducta corrupta consistente en que los oferentes unas veces son contratistas ejecutores de contratos y en otras son interventores o supervisores. Entonces hacen convenios para no molestarse ni controlar los contratos cuando se encuentren en la ejecución de actividades donde cada uno tiene el rol de contratista o de interventor.

Mecanismos de Mitigación

Si bien es cierto no es competencia de los organismos de control fijar los requisitos de participación pues ellos están ya establecidos en la ley, sí pueden sugerir cambios o modificaciones a la legislación.

En este caso se puede sugerir que se establezca como causal de inhabilidad la situación particular en la cual un interventor que ocupe el primer lugar en el orden de elegibilidad en un concurso de méritos y que haya sido supervisado en el pasado por quien ahora él vigilará, se declare inhabilitado para suscribir el contrato y se proceda a adjudicar el contrato de interventoría al proponente que haya ocupado el segundo lugar.

3.3.3. Contrato paralelo

Descripción

Esta modalidad se presenta cuando una obra, bien o servicio es contratado por una entidad y a su vez otra entidad diferente, a quien le compete de manera directa atender esa necesidad pública, se aprovecha de esta situación y paralelamente celebra un contrato con el mismo objeto y para el mismo fin, pero realmente el pago de este contrato va a parar al bolsillo del funcionario que ordenó la contratación.

Mecanismos de Mitigación

Una forma de mitigación consiste en que las auditorías internas se comprometan a reportar a los organismos de control las actuaciones que sus entidades públicas estén desarrollando y que impliquen la atención de necesidades de otra entidad. Es el caso de donaciones, atención de desastres, convenios interadministrativos y en general contratos para atender requerimientos de otra institución.

Adicionalmente, las entidades deberían tener un espacio dentro del Portal Único de Contratación para publicar este tipo de contratos, facilitando así el seguimiento y control para evitar la celebración de acuerdos paralelos.

3.3.4. Sobrecostos

Descripción:

Es un estado de corrupción que se puede presentar de diferentes formas:

- El oferente cotiza el bien, obra o servicio por encima de los precios del mercado o de los indicadores o acuerdos marco de precios. Es decir que hay un mayor valor del

bien frente a los reales costos de transacción, que resulta ser un incremento injustificado del precio.

- O mediante el logro de contratos adicionales, por precio, por valor o por ambos precio y valor, obtiene ganancias que superan el justo precio del bien obra o servicio ejecutado.

Mecanismos de Mitigación

Obligar a las entidades del Estado a elaborar el Plan General de Inversiones y Compras con el fin de enmarcar la contratación de la entidad a lo consignado en dicho plan. Adicionalmente exigir que los bienes o servicios sean adquiridos dentro de los parámetros de los Acuerdo Marco de Precios o de catálogos guía que regulen los valores de bienes.

4. Tipología de contratos

Ahora bien, en la Guía - AGR sobre el uso inadecuado de tipologías:

4.1. Contratos de prestación de servicios

Descripción

La Ley 80 de 1993 establece en su artículo 32 la prestación de servicios como un tipo de contrato estatal para el desarrollo de actividades que no puedan adelantarse por el personal de planta de una entidad pública o que requieran conocimientos especializados. “*Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción*”¹⁰⁰. Si bien la inclusión de estos contratos dentro del Estatuto de Contratación pretendió permitirle a las entidades públicas dotarse de profesionales especializados para la realización de actividades temporales y concretas, el uso irregular de esta excepción por parte de las mismas autoridades administrativas ha significado la creación de las llamadas “nóminas paralelas” en varias entidades estatales, las cuales se forman más con el ánimo de pagar favores políticos¹⁰¹ que de contratar los servicios excepcionales de profesionales expertos, y en no pocas ocasiones para que adelante labores similares a las llevadas a cabo por el personal regular de planta.

100 Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Febrero 11 de 2003.

101 Pactos de Integridad. Acuerdos voluntarios para garantizar probidad en contrataciones de interés público. Cuadernos de Transparencia. N°3. Transparencia por Colombia. Julio de 2003.

Sin duda se acude a esta modalidad de contratación para burlar las barreras que imponen la carrera administrativa y la selección de personal por concurso de méritos, como debe hacerse por norma general y lo ordena la propia Constitución Política. Esta situación se ve agravada por la falta de adecuados controles en materia disciplinaria de los contratistas comparados con las severas regulaciones de los servidores públicos y por la falta de capacidad técnica y profesional de quienes paradójicamente se pretendía tuviesen un conocimiento especializado.

Esta situación tiende a acrecentarse en época de elecciones, tanto así que para el proceso electoral celebrado en el año 2010¹⁰² la Procuraduría General de la Nación a través de la Directiva 05 de 2009, la Presidencia de la República por medio de la Directiva Presidencial 11 de 2009 y la propia Auditoría General de la República en la circular externa 004 de 2009 les recordaron a los servidores públicos la prohibición contemplada en la Ley de Garantías Electorales que ordenaba la suspensión de cualquier forma de vinculación a la nómina estatal dentro de la Rama Ejecutiva cuatro (4) meses antes de las elecciones a la Presidencia de la República.

No puede dejarse de lado en materia de controles legales el hecho que el Código Disciplinario o Ley 734 de 2002 sanciona en su artículo 48 la fraudulenta vinculación laboral disfrazada bajo la modalidad de prestación de servicios, al establecer como falta gravísima el *“celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”*.

En palabras de la propia Corte Constitucional, cuando a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios se genera una verdadera relación laboral se está desconociendo el régimen de contratación estatal, el régimen laboral e incluso el régimen presupuestal al proveerse cargos remunerados sin que estén contemplados en la planta de personal, además se vulneran *“múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124)”*¹⁰³.

102 De acuerdo con el calendario electoral establecido por la Registraduría Nacional del Estado Civil las elecciones para el Congreso de la República se celebrarán el 14 de marzo mientras que la primera vuelta de las elecciones presidenciales tendrán lugar el 30 de mayo.

103 Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Febrero 11 de 2003.

Mecanismos de Mitigación

Es innegable que lo que inicialmente se concibió como una modalidad excepcional de contratación se ha convertido en una práctica de uso generalizado en las diferentes entidades estatales¹⁰⁴, situación que refleja, en el mejor de los casos, problemas de planeación sobre los requerimientos de nómina de una entidad, cuando no una práctica corrupta de pago de favores políticos. Una sociedad en constante crecimiento tenderá siempre a demandar un Estado más eficiente y capaz de responder a las necesidades públicas, situación que sin duda representa una mayor demanda de personal en distintas instituciones. Las normas sobre la materia están creadas y son claras sobre las situaciones específicas en las que es posible celebrar un contrato de prestación de servicios; sin embargo, parece ser que la falta de control y la extensión del problema es lo que ha propiciado que esta situación se siga presentando.

Las auditorías internas de las entidades públicas tienen una gran responsabilidad para evitar que este fenómeno siga en aumento, de la misma manera que la tienen los organismos de control, identificando y sancionando las conductas desviadas de servidores públicos que mediante el uso de una modalidad excepcional de contratación propicien o permitan la constitución de “nóminas paralelas”.

4.2. *Convenios o Contratos Interadministrativos*

Descripción

Los contratos interadministrativos son una de las excepciones a la regla general de selección del contratista a través del concurso o licitación. Esta modalidad se utiliza principalmente para la contratación con otra entidad pública, dentro de las que se encuentran las cooperativas y asociaciones conformadas por entes territoriales; sin embargo, el hecho que el propio Estatuto de Contratación permita la no constitución de garantías (Art. 25), ni la utilización de cláusulas o estipulaciones excepcionales (Art. 14), hacen de este tipo de contratos una modalidad riesgosa para que se presenten prácticas corruptas típicas en las modalidades de excepción¹⁰⁵.

¹⁰⁴ De acuerdo con la Personería de Bogotá únicamente el 42% de funcionarios que trabaja en 15 entidades del Distrito pertenece a la planta de personal, mientras que el otro 58% está vinculado a través de un contrato u orden de prestación de servicios. En las visitas a las entidades se encontró que el Distrito suscribió 6.251 contratos de prestación de servicios por \$96.683 millones, a través de los cuales se vinculó a 14.994 personas, cuando en su planta no hay más de 8.716 funcionarios.

¹⁰⁵ Según Transparencia por Colombia para el periodo 2007-2008 más de 3.6 billones fueron ejecutados a través de mecanismos excepcionales que no requirieron publicidad ni pluralidad de oferentes. Informe

Desde el año 2002 Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe llamó la atención a Colombia sobre el riesgo de tener *“exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites”*¹⁰⁶

El propio Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción ha identificado esta modalidad como una de las 43 formas de corrupción dentro de la contratación administrativa al indicar que bajo este medio se *“contratan miles de millones de pesos con asociaciones de municipios omnipotentes, las cuales construyen de todo: desde acueductos y escuelas hasta vías y baterías sanitarias, comedores, suministran bienes y servicios, capacitan comunidades, elaboran planes de desarrollo, en fin lo que se requiera”*¹⁰⁷.

Esta modalidad de contratos no tienen mayor control y la tercerización (subcontratación) se presenta como una práctica común, situación que viola el Estatuto de Contratación. En nombre de la celebración de un contrato interadministrativo se le entregan recursos públicos a entidades que no tienen la experticia para adelantar las actividades que se requieren y en no pocos casos el objeto del contrato ni siquiera guarda relación con el objeto social de la entidad con la que se contrata, cuando no es el producto de la contratación con una cooperativa u otro tipo de entidad que fue creada con el único objetivo de saltarse los procesos de selección objetiva.

Mecanismos de Mitigación

Una medida que pretenda agilizar y simplificar los procesos de contratación administrativa no puede sacrificar la transparencia y la posibilidad de competencia en igualdad de condiciones por parte de los particulares.

La Ley 1150 de 2007 reguló la materia de los convenios interadministrativos al señalar que si bien continúan siendo una modalidad de excepción, se podrán celebrar:

“siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en pro-

Índice de Transparencia Nacional 2007-2008. Pág. 47.

106 Mapa de Riesgos Nacionales. Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes. 2002. Pág. 3.

107 Manual de Transparencia. Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción. En: <http://www.anticorrupcion.gov.co/tramparencia/tramparencia.asp>

cesos de licitación pública o de selección abreviada. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993”¹⁰⁸

En el mismo sentido la ley pretendió eliminar las prácticas corruptas que se presentaban mediante la contratación de un tercero, al señalar que *“en aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”¹⁰⁹.*

Sin lugar a dudas la Ley 1150 de 2007 trajo consigo mayores requisitos y formalidades para la celebración de los contratos interadministrativos, alcaldes y gobernadores han sido sancionados de manera diligente por parte de la Procuraduría General de la Nación por la práctica desviada de esta modalidad; sin embargo, la efectividad de estas medidas depende de la capacitación que se le ofrezca a los encargados de dirigir los procesos contractuales en las diferentes entidades estatales y del control eficaz que se realice sobre este tipo de contratos que deben mantenerse como excepcionales para que no sólo se produzcan sanciones penales y disciplinarias mientras los recursos del erario siguen despilfarrándose.

Los entes de control deben revisar que el objeto social de la entidad contratista guarde relación con el objeto del contrato y esté capacitado para desarrollar la labor encomendada.

5. Fallas en la ejecución de los contratos

Por último en la Guía - AGR el ámbito de la ejecución:

5.1. Adición de Contratos

Descripción

Los riesgos de corrupción en la contratación estatal no se agotan con la selección objetiva del contratista. Durante la etapa de ejecución se presentan múltiples oportunidades para continuar con el uso de prácticas desviadas o concretar algunas originadas en el proceso de formación del contrato.

¹⁰⁸ Ley 1150 de 2007. Artículo 2, numeral 4, literal c.

¹⁰⁹ *Ibid.*

El Estatuto de Contratación Estatal permite la adición de los contratos¹¹⁰ hasta en un 50% del valor inicial, lo que se realiza por un acto discrecional de la administración fuera de los procesos típicos de la licitación, de las exigencias de selección mediante licitación y sin la observancia de los principios de transparencia y economía, de esta manera una vez celebrado el contrato y con la anuencia de los servidores públicos encargados, los precios de los bienes pueden incrementarse sin mayor control. Con ello se garantiza además la adjudicación del contrato en primer lugar ya que un proponente que esté convencido de la futura adición de un contrato podrá presentar una oferta inicial más baja violando con ello el principio de la igualdad de condiciones de los participantes.

Ahora bien, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado nos recuerda que:

“resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional”¹¹¹.

La herramienta de adición de contratos le permite entonces a la administración garantizar unos de los fines de la contratación estatal, la continua y eficiente prestación del servicio. No obstante, es la utilización desmedida y tergiversada de esta modalidad lo que degenera en prácticas corruptas.

Otra situación particular que se presenta durante la etapa de ejecución del contrato e incrementen los riesgos de corrupción, es la adición a los contratos de prestación de servicios, situación que se constituye en no pocas ocasiones en una burla a la ley de

¹¹⁰ El Consejo de Estado señaló que *“la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley”*. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación Número 1121 de 26 de agosto de 1998, M.P. Cesar Hoyos Salazar

¹¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 Julio 18 de 2002. M.P. Susana Montes de Echeverri.

contratación atentado contra el principio de temporalidad propio de este tipo de contratos y convirtiendo en permanente una excepción que se permite únicamente por las necesidades del servicio.

Mecanismos de Mitigación

La falta de capacidad técnica en la planeación reseñada en estudios de Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe¹¹², la Veeduría Distrital¹¹³ y Transparencia por Colombia¹¹⁴, es una de las principales causas que originan la necesidad de adicionar los contratos. Si bien en algunas obras no se tiene claridad sobre el verdadero valor del contrato hasta que no se ha iniciado el proceso de construcción, no es menos cierto que este fenómeno se presenta en no pocas ocasiones como producto de la falta de capacidad y diligencia en los estudios previos y en el proceso de formación del contrato, esto cuando no resulta de un práctica deliberada y fraudulenta de adición de contratos con el único objeto de favorecer intereses particulares.

5.2. Desequilibrio Financiero Fraudulento

Descripción

No son pocas las demandas y los procesos arbitrales en contra del Estado en los que se busca el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Ésta también es una práctica identificada dentro de los riesgos de corrupción en el Manual de Transparencia del Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción, conocida como “proponentes suicidas que resucitan” y descrita de la siguiente manera:

“Para la ejecución de contrato de obra civil que requiere de grandes cantidades de cemento, la administración adjudica el contrato a un proponente que en su oferta presupuesta el cemento a precios excesivamente bajos, poniendo en riesgo su empresa y con el único propósito de ganarse el contrato. Durante la ejecución de la obra, el contratista hace una reclamación a la entidad pública por “desequilibrio económico”. Argumenta que a causa de una inflación inesperada -por encima del porcentaje previsto- el valor del cemento tiene un alza bastante significativa. Agrega que este hecho afecta la ejecución del contrato, toda vez que sin ese material es imposible la realización de la obra. En últimas, el valor pagado por la

112 Mapa de Riesgos Nacionales. Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes. 2002.

113 Veeduría Distrital. Mapa de Riesgos en la Contratación Directa.

114 Transparencia por Colombia. Informe Índice de Transparencia Nacional 2007-2008.

administración supera en un porcentaje muy alto el precio inicial. Ese costo final supera, incluso, la propuesta más costosa de la licitación”¹¹⁵.

El restablecimiento del equilibrio financiero del contrato es un derecho de los contratistas consagrado en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993. Es la posibilidad de regresar el contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no les sean imputables, y es sin lugar a dudas una herramienta que garantiza la igualdad de condiciones en la etapa contractual ante posibles actuaciones que enmarcadas dentro de situaciones como la llamada “teoría del hecho del príncipe”, y en pro del interés general, puedan desmejorar la situación inicial del contratista.

No obstante, en algunos casos 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 era 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.

Mecanismos de Mitigación

Esa tendencia suicida es el resultado de un proceso deficiente de identificación y asignación de riesgos, situación que se pretendió solventar con la inclusión en la Ley 1150 de 2007 del artículo 4, el cual señala que *“los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”*, artículo reglamentado a su vez por el Decreto 2474 de julio 7 de 2008, (por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones), mediante el cual se obliga a determinar los riesgos previsibles.

Estableció además la mencionada norma (artículo 4 Ley 1150 de 2007) un momento previo a la presentación de las ofertas dentro del cual los proponentes tienen la posibilidad de pronunciarse sobre la asignación de riesgos que ha hecho la entidad.

La tarea que deben desarrollar los organismos de control es examinar que se dé estricto cumplimiento a la identificación y asignación de riesgos dentro de todo proceso contractual,

115 Manual de Transparencia. Opc. Cit.

a fin de evitar futuras demandas por desequilibrio económico y adicionalmente revisar las actas de liquidación de los contratos y las conciliaciones celebradas entre contratista y entidad para verificar que estas sigan los lineamientos jurisprudenciales y no se constituyan en una vena rota para las entidades públicas.

Instrumentos Generales de Mitigación

1. La participación general y activa de la ciudadanía como agente de control y de supervisión de la contratación pública. El fundamento jurídico para desarrollar estas funciones de veeduría ciudadana, se encuentra en la Constitución Política (artículos 2, 103, 152 y 270), en la Ley 80 de 1993 (artículo 66), en la Ley 134 de 1994, Por la cual se dictan normas sobre participación ciudadana, (artículos 99 y 100), el Decreto 2434 de 2006 (artículo 1) y la Directiva Presidencial del 3 de Octubre de 2002, todos instructivos para luchar contra la corrupción en materia contractual.
2. Los entes de control deben crear canales que permitan a la ciudadanía presentar denuncias. A su vez deben hacerle un seguimiento a esa denuncia para publicitar y divulgar el fallo final de esa investigación a fin de generar confianza en la ciudadanía y no sentimientos de impunidad y frustración para aquel que tiene el valor de denunciar.
3. Capacitación y formación de los servidores estatales con funciones en materia contractual para que la contratación pública sea de calidad y sus procesos resulten eficaces. Adicionalmente este aprendizaje permitirá que esos funcionarios capacitados divulguen lo aprendido y se vuelvan multiplicadores de procesos contractuales honestos. Se debe resaltar que esa capacitación no debe ser únicamente en normatividad contractual, sino también en ética ciudadana y responsabilidad social para que se apliquen y divulguen los compromisos contenidos en los diversos Pactos Anticorrupción suscritos por entidades estatales y por el sector Privado.
4. Se debe estudiar la viabilidad y la conveniencia que la totalidad de las campañas sean financiadas por el Estado, estableciendo unos topes y así evitar que se paguen favores políticos. Ver documento: MESA DE TRABAJO. TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION PUBLICA: RETOS HACIA EL FUTURO, de Mayo de 2007 elaborado por la ONG Transparencia por Colombia (www.transparenciacolombia.org.co) que expresa:

“2.7.- La financiación de las campañas electorales. La financiación de las campañas electorales en Colombia se hace mayoritariamente con fondos públicos. El propósito inicial de contribuir con la transparencia, fortalecimiento y modernización de los partidos, ha sido desbordado –como se ha visto- y de ahí que desde hace años se oigan voces que piden la financiación total de las campañas con recursos del

Estado. Dado que el impacto económico de tales medidas parecería ser muy alto, entre tanto debería fortalecerse la función de control que sobre las cuentas de los partidos ejerce el Consejo Nacional Electoral, mediante la provisión de recursos humanos, físicos y financieros suficientes que le permitan detectar oportunamente las infracciones de las normas relativas a la financiación y aplicar los correctivos previstos en las normas”.

5. Que el procedimiento de la Urgencia Manifiesta no sea amplio y flexible, que permita el pago de favores políticos con la expedición de actos no reglados y sin requisitos previos. El control fiscal es insuficiente, porque es posterior y el contrato ya está celebrado y muy seguramente ejecutado. Es una de las formas más sencillas para adjudicar contratos “a dedo”, sin el cumplimiento de procedimientos, requisitos previos ni control.
6. Frente a la desconcentración de funciones en materia contractual y a la no articulación de todas las dependencias que interactúan en el proceso contractual, se debería instaurar en cada entidad una oficina coordinadora y supervisora del cumplimiento de todos los procedimientos y requisitos de ley exigidos en materia contractual. La crítica a esta propuesta puede consistir en que ella sea un obstáculo y demora en los procesos contractuales, pero le haría un fuerte contrapeso a la corrupción donde tengan que compartir un sistema central de información para mejorar los niveles de control al interior de la entidad y al exterior frente a los organismos de control como las contralorías y auditorías.

6.10. LA GUÍA DE AUDITORÍA DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL

Dentro de la Misión Institucional, la Auditoría General de la República coadyuva a la transformación, depuración y modernización de los órganos instituidos para el control de la gestión fiscal. En ese contexto, recientemente, dio a conocer una guía metodológica que ha diseñado para efectuar el proceso auditor de control de legalidad a la contratación realizada por las contralorías, que constituye una herramienta de gran utilidad para ejercer el control fiscal estandarizando criterios y realizando un proceso sistémico que mide y evalúa el proceso contractual en concordancia con la normatividad aplicable y vigente en la materia.

Con este instrumento, la AGR promueve y estimula el ejercicio de control con ocasión de la contratación, y pone a disposición de todos los organismos de control que se quieran sumar a esta iniciativa, esta guía metodológica que permitirá determinar

el nivel de eficiencia en la administración de los recursos públicos, la eficacia con que se logran los resultados y su correspondencia con las funciones de cada sujeto vigilado a través de los sistemas de control de legalidad, de gestión, de resultados y de revisión de cuentas propios del sistema de control fiscal.

La mencionada guía contiene el contexto normativo del Régimen de la Contratación Estatal y un capítulo especial dedicado a los Principios de la Contratación; igualmente desarrolla las condiciones comunes a las distintas modalidades de selección en su etapa previa, de desarrollo y culminación, y contempla una serie de capítulos específicos para cada procedimiento de selección, especificando los aspectos a evaluar en la Licitación Pública, la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos y la Contratación Directa.

Finalmente, este instrumento contiene una serie de lineamientos propios del ejercicio auditor a los contratos estatales, poniendo a disposición de los auditores diversas guías para el ejercicio del control y una matriz con indicadores de evaluación al desempeño en los procesos de contratación, completando de esta manera las estrategias dispuestas por la Auditoría General de la República con el Proyecto: *“Control al control de la contratación”*, para contribuir en la cada vez más necesaria política pública de promoción de una Contratación Estatal efectiva, económica y transparente, a través de un adecuado y oportuno control público y social.

Este documento permitirá que los funcionarios que tienen asignada la labor de auditoría a la contratación, cuenten con una herramienta idónea para desarrollar su labor. La herramienta además tiene la bondad de estar diseñada para que permanezca actualizada, toda vez que todas las normas a que se hace alusión en la misma poseen un link que al ser activado remite directamente a Internet, a una página de normatividad segura y confiable. El manual y la publicación *“Contratación Segura”* se encuentran en la página web: www.contratacionsegura.org.co.

7. LAS TIPOLOGÍAS DISCIPLINARIAS Y PENALES

7.1. GENERALIDADES

En la perspectiva de las responsabilidades penal y disciplinaria, los estatutos que regulan estas materias se han ocupado de tipificar conductas que guardan estrecha relación con las funciones del ordenador. En el primer caso, el Código Disciplinario Único establece¹¹⁶ como faltas gravísimas algunas causales directamente relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de contratos, las cuales se enunciarán más adelante. Por su parte, el Código Penal tipifica las modalidades de peculado por apropiación, por uso, culposo y por aplicación oficial diferente. Sobre este último delito el anterior Código era amplio, en el sentido de que cualquier desviación dolosa era sancionable; el nuevo estatuto penal limita como conductas reprochables, sólo aquellas que le ocasionen perjuicio a la inversión social o a los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos (funcionarios, contratistas, interventores, asesores). Llama la atención sobre estos tipos penales que el legislador consideró como reprochables conductas gravemente culposas, que para el caso del ordenador sería el evento en que dé lugar al extravío o pérdida de recursos del presupuesto.

Además de las anteriores conductas punibles, el Código Penal consagra en el Título XV “Delitos contra la Administración Pública”, tres tipos penales especiales denominados “Celebración indebida de contratos”, los cuales comprenden las siguientes conductas: violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades¹¹⁷,

116 Ley 734 de 2002, artículo 48, numerales 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 41.

117 ARTICULO 408. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

interés indebido en la celebración de contratos¹¹⁸, y contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹¹⁹.

7.2. FALTAS DISCIPLINARIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

En la perspectiva disciplinaria, mediante la contratación estatal las entidades del Estado buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, de allí que se impone a los servidores públicos actuar con la debida diligencia en pro del interés general quienes están sujetos, al igual que los particulares que cumplen funciones públicas, a la potestad disciplinaria, cuya titularidad recae en cabeza del Estado (Procuraduría General de la Nación, personerías y oficinas de control interno disciplinario), por sus acciones y omisiones en las distintas etapas de la actividad contractual.

El artículo 62 de la Ley 80 de 1993 establece la intervención del Ministerio Público con el fin de ejercer control a la actividad contractual estatal, así:

“Artículo 62. “De la intervención del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del ministerio público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad”.

La Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único- define en el artículo 23 el concepto de falta disciplinaria, como la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos

118 ARTICULO 409. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

119 ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

previstos en ese Código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado en cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contemplados en dicha normatividad.

Las faltas disciplinarias se clasifican como gravísimas, graves y leves, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley 734 de 2002. Las faltas en materia de contratación estatal, en la gran mayoría de situaciones están catalogadas como gravísimas, dada la importancia que reviste la actuación contractual, por cuanto implica la gestión de recursos públicos y es en ese escenario en el que se presenta un alto grado de corrupción en las diferentes instancias del Estado.

La sanción prevista para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima es la destitución e inhabilidad general, lo que implica, de conformidad con el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, la terminación de la relación del servidor público con la administración, la desvinculación del cargo en los casos previstos en los artículos 110¹²⁰ y 278, numeral 1¹²¹ de la Constitución Política, o la terminación del contrato de trabajo, y en todo caso, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o la carrera. El artículo 46 de la citada ley dispone que la inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente¹²².

120 “ARTICULO 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.”

121 “ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo. (...)”.

122 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-948/02, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis “bajo el entendido de que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución política.”

A continuación, expondremos el listado de las conductas en materia de contratación estatal que constituyen falta disciplinaria, no sólo las previstas taxativamente como falta gravísima en el Código Disciplinario Único, sino también las situaciones previstas en las demás disposiciones concordantes:

7.2.1. Faltas Gravísimas Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. **Celebrar contrato de prestación de servicios** cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales¹²³ (Numeral 29). (Negrilla fuera de texto)
2. **Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad** prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (Numeral 30). (Negrilla fuera de texto)
3. **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios** que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley¹²⁴ (Numeral 31). (Negrilla fuera de texto)
4. **Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello**¹²⁵ (Numeral 32). (Negrilla fuera de texto)
5. **Aplicar la urgencia manifiesta** para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley (Numeral 33). (Negrilla fuera de texto)

123 Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-094 de 11 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

124 El aparte “o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley” fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818-05 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil “...en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”.

125 Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-504-07 de 4 de julio de 2007, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

6. **No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios** adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad (Numeral 34). (Negrilla fuera de texto)
7. **Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo** (Numeral 35). (Negrilla fuera de texto)
8. **Ofrecer el servidor público**, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite (Numeral 41). (Negrilla fuera de texto)
9. **Adquirir** directamente o por interpuesta persona bienes que deban ser enajenados en razón de las funciones de su cargo, o hacer gestiones para que otros los adquieran (Numeral 51). (Negrilla fuera de texto)

El numeral 49 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone que las causales de mala conducta constituyen faltas gravísimas, así: “Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta”. (Numeral 49).

7.2.2. Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

LEY 80 DE 1993

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993 establecen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación:

“Artículo 8º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones (o concursos¹²⁶) y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

¹²⁶ La expresión “concurso” a lo largo de toda la Ley 80 de 1993 fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

b) Quienes participaron en las licitaciones (o concursos) o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación (o concurso). (La expresión 'concurso' fue derogada por el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007).

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación (o concurso). (La expresión 'concurso' fue derogada por el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007).

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación (o concurso), o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma. (La expresión 'concurso' fue derogada por el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007).

j) Literal adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

2. *Tampoco podrán participar en licitaciones (o concursos) ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (La expresión ‘concurso’ fue derogada por el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007).*

a) *Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.*

b) *Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*

c) *El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.*

d) *Las corporaciones, asociaciones, fundaciones, y las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo, el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.*

e) *Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.*

Par. 1º. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

El Art. 18 de la Ley 1150 de 2007, adicionó el siguiente inciso: En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Par. 2º. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación (o concurso), se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. (La expresión ‘concurso’ fue derogada por el Art. 32 de la Ley 1150 de 2007). Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá, su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

(...)

7.2.3. No verificación del pago de aportes a seguridad social y parafiscales

“Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, así: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.”

(...)

Parágrafo 1o. Modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, así: “El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal”.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.”

(...)

LEY 789 DE 2002

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

“Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

*Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. **El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.**” (Negrilla fuera de texto)*

7.2.4. Omisión de informar sanciones – Ley 80 de 1993

“Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

(...)

5o. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio, que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.”

7.2.5. No remitir información mensual a Cámaras de Comercio

LEY 1150 DE 2007

Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

“Artículo 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Unico Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

(...)

6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.”

DECRETO 1464 DE 2010

Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones

“Artículo 14. Información proveniente de entidades estatales. Las entidades estatales deberán remitir por medios electrónicos a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, a más tardar el quince de cada mes, la siguiente información que le corresponda a aquel, sobre contratos que le hayan sido adjudicados, o tenga en ejecución y ejecutados, multas y sanciones en firme:

(...)

Dentro de la información que las entidades estatales deben suministrar a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, está la concerniente con las multas pagadas y las sanciones cumplidas o revocadas. La certificación de esta información sólo podrá ser modificada por orden de la entidad estatal que haya suministrado la información o por providencia ejecutoriada de autoridad judicial competente. En todo caso, la información sobre multas y sanciones se mantendrá en el registro hasta por cinco (5) años contados a partir de su reporte. En consecuencia, una vez reportado el acto administrativo mediante el cual se impuso multa o sanción al inscrito, y habiendo cumplido cinco (5) años desde la fecha en que se registró en la cámara de comercio, ésta lo debe eliminar del certificado automáticamente.

El servidor público encargado de remitir la información que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007.”

7.2.6. Aportar información falsa en la hoja de vida

LEY 190 DE 1995

Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

“Artículo 5o. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción. (Ver: Art. 37, Ley 443 de 1998).

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.

(...)”

7.2.7. No remitir información a la Imprenta Nacional

“Artículo. 61º. Mensualmente las entidades públicas de todos los órdenes enviarán a la Imprenta Nacional una relación de los contratos celebrados que superen el 50% de su menor cuantía en la cual deberán detallarse las personas contratantes, el objeto, el valor total y los costos unitarios, el plazo, los adicionales y modificaciones que hubiesen celebrado, el interventor y toda la información necesaria a fin de comparar y evaluar dicha contratación.

Artículo. 62º. El cumplimiento de lo ordenado en el artículo anterior será causal de mala conducta para el representante legal de cada entidad y dará lugar a su destitución.”

7.2.8. Incumplimiento de normas presupuestales

LEY 819 DE 2003

Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

“Artículo. 26. Incumplimiento. El incumplimiento de la presente ley por parte de los servidores públicos responsables, en el correspondiente nivel de la administración pública, será considerado como falta disciplinaria, conforme a lo dispuesto por la Ley 734 de 2002 para el efecto.”

7.2.9. Información falsa o artificial en el SICE

DECRETO 3512 DE 2003

Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 17. Obligaciones de los usuarios del SICE. Abstenerse de introducir información falsa y evitar cualquier conducta que tienda a alterar el Sistema, so pena de hacerse acreedor a las sanciones a que haya lugar. Las personas que observen irregularidades en la información o manejo del SICE, están en la obligación de presentar la respectiva denuncia ante las autoridades competentes.

Par. Los usuarios del SICE, incluidos los servidores públicos, los proveedores y los particulares, que utilicen información falsa o artificial para registrar en el Sistema o que alteren el funcionamiento del mismo, responderán fiscal, penal, civil y disciplinariamente, de conformidad con las normas que regulan estas materias.”

DECRETO 2474 DE 2008

Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

7.2.10. No presentar reporte o plan de acción las entidades que no cuentan con recursos tecnológicos para el uso del SECOP

“Artículo 8º. Publicidad del procedimiento en el SECOP. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

(...)

Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del Secop, deberán reportar esta situación al Ministerio de Comunicaciones. El reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte.

(...)

Parágrafo 1o. La no presentación del reporte o del plan de acción señalado en el presente artículo acarreará la violación de la presente norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario único.”

7.2.11. Violar la reserva de los contratos con cargo a gastos reservados

LEY 1219 DE 2008

Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados.

“Artículo 4o. Principios. Son principios orientadores del procedimiento especial a que se refiere esta ley, además de los previstos en la Constitución Política de Colombia, los siguientes:

(...)

4.3. Reserva: Los servidores públicos, contratistas y en general quienes intervengan a cualquier título en el trámite, desarrollo y concreción de los contratos con cargo a gastos reservados, están obligados a mantener con clasificación reservada toda la información a la que tengan acceso por razón de su participación en el respectivo proceso, so pena de las sanciones civiles, penales y disciplinarias a que haya lugar.”

7.2.12. Demorar injustificadamente los pagos

DECRETO 111 DE 1996

Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

“Art. 112. Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán fiscalmente responsables:

Par. Los ordenadores, pagadores, auditores, y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta (L. 38/89, art. 89; L. 179/94, art. 55, incs. 3º y 16, art. 71).”

7.2.13. Contratar a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales

LEY 610 DE 2000

Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

“Artículo 60. Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

(...)

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”

7.2.14. Contratar a un diputado incurso en inhabilidad o incompatibilidad

DECRETO 1222 DE 1986

Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental

ART. 50. (Artículo subrogado por el artículo 34 de la Ley 617 de 2000). “Los diputados no podrán:

(...)

Par. El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

(...)

Art. 53.- Las actuaciones que se realicen contraviniendo lo dispuesto en los artículos anteriores (incompatibilidades e inhabilidades de diputados) y las decisiones de

autoridades generadas en esas actuaciones, serán nulas. Cualquier persona o el Ministerio Público podrá pedir la declaratoria de esa nulidad ante la autoridad competente.

Los contratos que se celebren contraviniendo las disposiciones anteriores carecerán de validez y no podrán generar pagos. Si éstos se hubieren efectuado, el contratista estará obligado a reintegrar su valor e indemnizar los perjuicios que hubiere causado.

Los funcionarios públicos que permitieren la intervención de las personas afectadas por las mismas incompatibilidades, incurrirán en mala conducta, que se sancionará con la destitución.

(...)

Art. 297. Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este decreto admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones e incompatibilidades que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.”

LEY 617 DE 2000

Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

“Artículo 34. De las incompatibilidades de los diputados. Los diputados no podrán:

(...)

Parágrafo. El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.”

7.2.15. Exceder el presupuesto de la vigencia o la capacidad de endeudamiento

LEY 136 DE 1994

Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

“Art. 91. Funciones. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la

Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

(...)

D) En relación con la Administración Municipal:

(...)

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

(...)

Par. El alcalde que en ejercicio de la función conferida en el numeral 5 de este artículo exceda el presupuesto de la vigencia o la capacidad de endeudamiento establecida, incurrirá en causal de mala conducta.

(...)"

7.2.16. Contratar a un miembro de Junta Administradora Local incurso en inhabilidad o incompatibilidad

“Art. 126. Incompatibilidades. Los miembros de las Juntas Administradoras Locales no podrán:

(...)

Par. El funcionario municipal que celebre con un miembro de la Junta Administradora Local un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta”.

Diversos tratadistas se han ocupado extensamente del tema del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como Jaime Orlando Santofimio en su obra “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, 2004 páginas 397 y siguientes.

7.3. CONDUCTAS PENALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

La tipificación de conductas penales para efectos de esta materia comprendidos en el Código Penal, Capítulo I del Título XV sobre los Delitos Contra la Administración Pública:

7.3.1. Celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales

Artículo 410. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión.

El legislador consideró de vital importancia, el reproche al desconocimiento del principio de legalidad, basta recordar como la Constitución establece en su artículo 6º el sometimiento de los servidores públicos a este principio de vital importancia.

Respecto a la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal señaló:

“se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa, en consideración se reitera a que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal aunque el resultado práctico del convenio sea beneficioso para la administración y desventajoso desde el punto de vista económico para el contratista¹²⁷.

Los elementos característicos de este tipo penal están representados en un sujeto activo cualificado, es decir, es decir un servidor público, que tramite un contrato sin la observancia de los requisitos legales. Este delito constituye un tipo penal en blanco; la norma penal en blanco es aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter general y para cuya aplicación se requiere, necesariamente, remitirse a otras fuentes normativas concretas que se traducen en que el juzgador debe apoyarse en otras normas donde están consagrados los requisitos legales mínimos para celebrar un contrato administrativo, como lo son: la Constitución, la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Respecto de este tipo penal el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa sostiene: *“En el código penal de 1980 la conducta del sujeto activo está vinculada a un específico ingrediente subjetivo, cual es el de violar el régimen de requisitos legales esenciales con el “... propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero...”;* este condicionamiento desaparece en la Ley 599 de 2000: *con más lógica su aplicación”*.¹²⁸

127 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Noviembre 28 de 2007 Rad. 26857 Magistrado Ponente. Sigifredo Espinoza Pérez.

128 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Delito de la celebración incumplida de contratos, Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, pág. 72

Por otra parte, aunque el artículo 410 del Código Penal define como sujeto activo de este delito al servidor público, los artículos 52, 53 y 56 de la Ley 80 de 1993 establecen que para efectos de la responsabilidad contractual, existen consultores, interventores, asesores que se consideran particulares que cumplen funciones públicas, a quienes les resulta plenamente aplicables las conductas descritas en el Código Penal, cuando estos intervengan durante las etapas precintractual, contractual y postcontractual.

Lo anterior toda vez que es el mismo artículo 56 el que determina que los particulares que intervengan en la contratación estatal, estarán sujetos a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos.

El artículo 39 de la Ley 80 de 1993 que ordena que los contratos consten por escrito, es una de las manifestaciones que puede adoptar este tipo penal en la etapa contractual, respecto a la etapa de liquidación los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007 ponen de presente la obligación de liquidación de los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo y su incumplimiento también constituye manifestación de la conducta sancionable.

7.3.2. Interés indebido en la celebración de contratos

Artículo 409. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones, incurrirá en prisión (...)

En lo que respecta a este tipo penal, el legislador reprochó la conducta de interés en un provecho propio o de un tercero en cualquier etapa contractual y contrato en el que deba intervenir en razón a su función o cargo un servidor público. Respecto al sujeto activo como en todos estos tipos penales requiere un sujeto cualificado, servidor público, y es su cargo o función el que lo califica frente al Estado y le hace imputable. El interés jurídicamente protegido es la observancia del principio de legalidad. Al respecto sostiene la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación:

*“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una entidad o persona, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva (...) la ilicitud de la intervención del servidor público no puede medirse por el perjuicio concreto a un tercero participante en el proceso de licitación o por la afectación del objeto final del contrato **porque el bien materia de protección no es, como lo pregona el demandante, la adecuada prestación del***

servicio contratado, sino la legalidad y legitimidad de la contratación, que se ven afectadas cuando el funcionario rompe los principios constitucionales y legales atrás referidos (Negrilla fuera de texto).¹²⁹

7.3.3. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades

Artículo 408. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión (...)

Esta tipología delictiva se circunscribe a dos aspectos fundamentales: El primero, aquél en el que basta la mera conducta del sujeto, esto es, que no exige que para la Entidad pública se presente un resultado dañino como consecuencia de la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la constitución o la ley por parte de un funcionario público, toda vez que lo que se reprocha desde el punto de vista penal, es la violación al principio de legalidad, según la cual, ningún servidor público puede actuar en desconocimiento de las inhabilidades e incompatibilidades que de manera expresa señala nuestro ordenamiento jurídico. La violación de tan sólo una de las causales previstas constitucional y legalmente, llevará inmersa la conducta descrita en el tipo penal estudiado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“El delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente.”*¹³⁰

El tipo penal de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es eminentemente doloso y puede presentarse en las etapas de tramitación, aprobación o celebración de un contrato. Respecto a esto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado y ha manifestado lo siguiente:

129 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Abril 18 de 2002. Rad. 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez.

130 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Marzo 11 de 1997. Rad. 11601 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

“Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.

Y el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se tramita, celebra, o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc.

7.3.4. Peculado por aplicación oficial diferente

Artículo 399. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión (...)

Esta conducta penal cambió considerablemente con la expedición del nuevo Código Penal. En la actualidad se tipificó que para la configuración de éste, deba generar un perjuicio a la inversión social o a las prestaciones sociales cuando un servidor público le da a los bienes del Estado cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación distinta a la que están destinados, o cuando se comprometen sumas mayores a las fijadas en el presupuesto o utilicen los recursos en forma no prevista en éste. Constituye también, un tipo penal en blanco al hacer remisión a una norma de carácter no penal, con el fin de establecer

que es constitutivo de inversión social; el juzgador debe apoyarse en otras normas donde están consagrados estos rubros. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto manifestó:

“(...) son los Planes de Desarrollo tanto en el ámbito Nacional como territorial los que definen lo que constituye inversión social. Y en estas circunstancias, si se toma en consideración que el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriación que el Gobierno formula anualmente y que somete a consideración del Congreso debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (artículo 346 de la Constitución) no queda difícil concluir cuáles son los rubros del presupuesto que responden a la categoría de inversión social y cuya aplicación oficial diferente permite la configuración del delito de peculado previsto por el artículo 399 del Código Penal.”

CUADRO ANALÍTICO DE NORMAS VIGENTES

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
1	Ley 80 de 1993	28-Oct-93	Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública	<p>La entrada en vigencia de esta ley fue escalonada: el 28 de octubre de 1993 el par. Art. 2, Lit l) Num. 1 y el Num. 9 del Art. 24, las normas relacionadas con el contrato de concesión, el Num. 8 del Art. 25, el Num. 5 del Art. 32 y los Arts. 33 a 38. Las demás disposiciones entraron a regir a partir del primero de enero de 1994, con excepción de las normas como registro, clasificación y calificación de proponentes cuya vigencia inicio el 28 de octubre de 1994.</p> <p>Modificada expresamente por la Ley 223 de 1995, Ley 315 de 1996, Decreto extraordinario 1818 de 1998, Ley 678 de 2001, Ley 1150 de 2007, Ley 1341 de 2009.</p> <p>El artículo 37, que establecía el régimen de concesiones y licencias de los servicios postales, fue expresamente derogado por el artículo 50 de la Ley 1369 de 2009.</p> <p>Deroga el Decreto-Ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto-Ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108 a 113; el Decreto-Ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2º, 8º, 9º, 17 y 19; el Decreto-Ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253 a 264 del Código Contencioso Administrativo.</p>	Estatuto General de la Contratación Pública.
2	Ley 1150 de 2007	16-Jul-07	Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos	<p>Los Arts. 9 y 17 entraron a regir con su promulgación, esto es el 16 de julio de 2007. Los demás artículos entraron a regir seis meses después de su promulgación, esto es el 16 de enero de 2008, con excepción del Art. 6 que entró a regir a los dieciocho meses de su promulgación, es decir el 16 de enero de 2009.</p> <p>Deroga los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: Par. del Art. 2º; la expresión <i>"además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado"</i> del inciso segundo del Art. 3º; el inciso 4º del Art. 13, Art. 22; Num. 1 y Par. 1º del Art. 24; inciso 2º del Num. 15, Num. 19 y la expresión <i>"la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes"</i> del Inc. segundo Num. 12 del Art. 25, Art. 29, Num. 11 del Art. 30, Art.36, Par. del Art. 39 y el Inc. 1º del Art. 60, con excepción de la expresión <i>"Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación"</i>, Art. 61 y las expresiones <i>"concurso"</i> y <i>"términos de referencia"</i> incluidas a lo largo de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: <i>"Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública"</i>. También deroga: el Par. 2º del Art. 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el Art.1º de la Ley 828 de 2003, Art. 66 de la Ley 454 de 1998, Lit. d) del Art. 27 de la Ley 99 de 1993 y Art. 19 de la Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley.</p>	Estatuto General de la Contratación Pública. Modificación.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
3	Decreto Ley 222 de 1983	02-Feb-83	Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones	El artículo 81 de la Ley 80 de 1993 derogó el presente decreto, salvo los artículos 108 a 113. El artículo 112 fue derogado por el artículo 124 de la Ley 9 de 1979.	Anterior estatuto de contratación. Normas vigentes.
4	Decreto 2811 de 1974	18-Dic-74	Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente	Reglamentado por los Decretos 1608 de 1978, 1715 de 1978, 704 de 1986, 305 de 1988 y 4688 de 2005.	Código Nacional de Recursos Renovables. Régimen Especial.
5	Ley 7 de 1979	24-Ene-79	Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones	Reglamentada por el Decreto 2388 de 1979. Modifica el Capítulo III de la Ley 75 de 1968 y la Ley 27 de 1974.	Régimen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en contratos de aporte. Régimen Especial.
6	Decreto 1222 de 1986	18-Abr-86	Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental	Modificado por el Decreto 1333 de 1986, por el Decreto 1736 de 1986, por la Ley 60 de 1993, por la Ley 80 de 1993, por la Ley 105 de 1993, por la Ley 223 de 1995, por la Ley 617 de 2000 y por la Ley 962 de 2005.	Régimen Departamental. Código.
7	Decreto 1333 de 1986	25-Abr-86	Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal	Modificado por la Ley 60 de 1993, por la Ley 80 de 1993, por la Ley 128 de 1994, por la Ley 136 de 1994, por la Ley 141 de 1994, por la Ley 142 de 1994, por la Ley 388 de 1997, por la Ley 962 de 2005.	Régimen Municipal. Código.
8	Ley 29 de 1990	27-Feb-90	Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias	Modificada por la Ley 1286 de 2009.	Fomento de la investigación científica y tecnológica. Régimen Especial.
9	Decreto 393 de 1991	08-Feb-91	Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías	Deroga las normas del Decreto 1767 de 1990 que regulan la misma materia del presente decreto.	Asociación para actividades científicas y tecnológicas. Régimen Especial.
10	Decreto 585 de 1991	26-Feb-91	Por el cual se crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, se reorganiza el Instituto Colombiano para el desarrollo de la Ciencia y la Tecnología -Colciencias- y se dictan otras disposiciones	Modificado por la Ley 1286 de 2009. Los artículos 1, 2, 3, 7, 8, 26 y 27 derogados por el artículo 35 de la Ley 1286 de 2009. Deroga el Título I del Decreto extraordinario 1767 de 1990.	Sistema nacional de ciencia y tecnología. Régimen Especial.
11	Decreto 591 de 1991	26-Feb-91	Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas	Derogado expresamente por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, a excepción de los artículos 2, 8, 9, 17 y 19. Deroga el Título II del Decreto 1767 de 1990 y las disposiciones que le sean contrarias del Decreto 3079 de 1990.	Contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Régimen Especial.
12	Decreto 777 de 1992	16-May-92	Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política	Modificado por el Decreto 1403 de 1992. Deroga el Decreto 393 de 1992.	Contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. Régimen Especial.
13	Decreto 1403 de 1992	26-Ago-92	Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992	Modifica los incisos 2o y 3o del artículo 1, el numeral 3o del artículo 2, el artículo 4 y adiciona el artículo 2 del Decreto 777 de 1992.	Modificación de la reglamentación de los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. Régimen Especial.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
14	Ley 30 de 1992	28-Dic-92	Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior	Modificada por la Ley 1012 de 2006 y Ley 647 de 2001. Deroga los decretos leyes 80 y 81 de 1980.	Servicio público de educación superior. Régimen Especial.
15	Ley 31 de 1992	29-Dic-92	Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 1328 de 2009. Deroga las Leyes 25 de 1923, 17 de 1925, 73 de 1930, 82 de 1931, 7a. de 1973, excepto el párrafo del artículo 5° de la Ley 21 de 1963, los artículos 25 y 37 de la Ley 20 de 1975, el artículo 8° de la Ley 51 de 1990; los Decretos extraordinarios 1189 de 1940, 2206 de 1963 y el Decreto legislativo 73 de 1983; los artículos 219, 220, ordinal a) del artículo 230, ordinal b) del párrafo segundo del artículo 231 y párrafo segundo del artículo 235 del Decreto extraordinario 222 de 1983; los Decretos autónomos 2617 y 2618 de 1973, 386 de 1982 y 436 de 1990 y los artículos 1.8.6.0.4., 2.1.2.1.28., 2.1.2.1.29., ordinal b) del artículo 2.1.2.2.10., 2.1.2.2.11., 2.1.2.3.7., 2.2.2.1.1., 2.4.2.4.3., literal c) del 2.4.3.2.16., 2.4.3.2.30., 2.4.4.2.1., inciso 4°, 2.4.4.4.4., 2.4.6.3.3., inciso 2° del 4.2.0.7.1. y 4.3.0.0.2. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y modifica en lo pertinente la Ley 9a. de 1991.	Régimen del Banco de la República. Régimen Especial.
16	Ley 40 de 1993	19-Ene-92	Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 365 de 1997.	Estatuto Nacional contra el secuestro.
17	Ley 42 de 1993	26-Ene-93	Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen	Modificada parcialmente por el Decreto 272 de 2000, y los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 fueron derogados por la Ley 610 de 2000. Deroga la Ley 42 de 1923, el Decreto Ley 911 de 1932, la Ley 58 de 1946, el Decreto Ley 3219 de 1953, la Ley 151 de 1959, el Decreto 1060 de 1960, la Ley 20 de 1975 y los artículos 2.4.13.2.25, 2.4.13.4.4 del Decreto 2505 de 1991.	Contratación del Control fiscal. Régimen Especial.
18	Decreto 1421 de 1993	21-Jul-93	Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá	Modificada por la Ley 617 de 2000, Ley 1031 de 2006 y la Ley 1137 de 2007. Deroga el Decreto Ley 3133 de 1968 y la Ley 1a de 1992.	Régimen del Distrito Capital de Bogotá.
19	Decreto 2269 de 1993	16-Nov-93	Por el cual se organiza el sistema nacional de normalización, certificación y metrología	Modificado por los Decretos 3144, 3257 y 4738 de 2008. Deroga los Decretos 2416 de 1971 y 2746 de 1984.	Normas técnicas de conformidad.
20	Ley 87 de 1993	29-Nov-93	Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones	Modificado por el Decreto 205 de 1993. El Párrafo 3 del artículo 11 fue derogado por la Ley 617 de 2000.	Condiciones para contratar consultorías y auditorías de control interno.
21	Decreto 2459 de 1993	09-Dic-93	Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política	Vigencia a partir del 9 de diciembre de 1993.	Entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. Modificación.
22	Ley 98 de 1993	22-Dic-93	Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano	Modificada por la Ley 1111 de 2006	Libro colombiano. Normas de Fomento.
23	Ley 100 de 1993	23-Dic-93	Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 1258 de 2008, Ley 1122 de 2007, Ley 860 de 2003, Ley 797 de 2003, Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1298 de 1994. Reglamentada por el Decreto 1876 de 1994. Deroga el artículo 2 de la Ley 4 de 1966, artículo 5 de la Ley 33 de 1985, párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo.	Seguridad Social Integral. Normas especiales del sistema.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
24	Decreto 2681 de 1993	29-Dic-93	Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas	Modificado por los Decretos 95 de 1994, 679 de 1994, 1721 de 1995 y por la Ley 185 de 1995. Aclarado por los Decretos 620 y 1121 de 1994.	Crédito público, empréstitos y deuda pública. Primera norma reglamentaria.
25	Ley 105 de 1993	30-Dic-93	Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 787 de 2002. Deroga el numeral 8 del artículo 10 y el artículo 110 del Decreto 2171 de 1992 y los artículos 19 y 22 del Decreto 2132 de 1992.	Transporte público.
26	Decreto 95 de 1994	12-Ene-94	Por el cual se modifica parcialmente el artículo 2 del Decreto 2681 de diciembre 29 de 1993	Modifica el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 2681 de 1993.	Crédito de proveedores. Excepción.
27	Ley 128 de 1994	23-Feb-94	Por la cual se expide la Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas	Deroga los artículos 348 a 373 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986).	Áreas metropolitanas.
28	Decreto 679 de 1994	28-Mar-94	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993	El artículo 10 fue derogado por el Decreto 3806 de 2009; los artículos 16, 17, 18 y 19 por el Decreto 4828 de 2008; el artículo 24 fue derogado por el Decreto 2504 de 2001; el artículo 25 derogado por el Decreto 066 de 2008. Deroga el Decreto 313 de 1994.	Reglamentario de diversos asuntos contractuales.
29	Decreto 1121 de 1994	01-Jun-94	Por el cual se aclara el artículo 44 del Decreto 2681 de 1993	Vigencia a partir del 2 de junio de 1994.	Crédito público, empréstitos y deuda pública. Modificaciones al Decreto 2681 de 1993.
30	Ley 136 de 1994	02-Jun-94	Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios	Modificada por la Ley 1148 de 2007, Ley 1031 de 2006, Ley 617 de 2000, Ley 191 de 1995 y por el Decreto 2255 de 2002.	Organización y funcionamiento de los municipios.
31	Decreto 1200 de 1994	15-Jun-94	Por el cual se delega la facultad de celebrar a nombre de la Nación los contratos a que se refiere el artículo 6 del Decreto 679 de 1994	Vigencia a partir del 17 de junio de 1994.	Antigüedades y valores naufragos. Normas de delegación.
32	Decreto 1295 de 1994	22-Jun-94	Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales	Modificado por el Decreto 2150 de 1995 y por la Ley 776 de 2002. Reglamentado por los Decretos 1772 de 1994 y 2800 de 2003. Deroga los artículos 199, 200, 201, 203, 204 y 214 del Código Sustantivo de Trabajo, los artículos 20, 88 y 89 del Decreto 1650 de 1977, los artículos 24, 25 y 26 del Decreto 2145 de 1992, los artículos 22, 23, 25, 34, 35 y 38 del Decreto 3135 de 1968, los capítulos cuarto y quinto del Decreto 1848 de 1969, el artículo 2° y el literal b del artículo 5° de la Ley 62 de 1989, a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Riesgos Profesionales.	Riesgos Profesionales. Normas especiales del Sistema.
33	Ley 141 de 1994	28-Jun-94	Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 685 de 2001, Ley 756 de 2002, Leyes 858 y 863 de 2003, 1283 de 2009 y por el Decreto 2150 de 1995. Deroga los incisos 3, 4 y 5 del artículo 13 de la Ley 10 de 1961; el artículo 3 del Decreto Ley 2310 de 1974; los artículos 98 y 99 de la Ley 75 de 1986 y los artículos 9, 98, 129, incisos 3, 4 y 5 del 213, 216 y 217 y 219 a 233 del Código de Minas.	Interventorías financieras y administrativas para vigilar la utilización de regalías.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
34	Ley 142 de 1994	11-Jul-94	Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones	Modificada por las leyes 177 de 1994, 689 de 2001, 1215 de 2008 y 1341 de 2009.	Servicios públicos domiciliarios. Régimen Especial.
35	Ley 190 de 1995	06-Jun-95	Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa	Modificada por la Ley 443 de 1998, leyes 599, 600, 617 de 2000 y 1121 de 2006. El artículo 53 fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.	Normas de anticorrupción y de moralidad.
36	Decreto 1477 de 1995	05-Sep-95	Por el cual se reglamenta la Ley 190 del 6 de junio de 1995 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública	Adicionado por el Decreto 1529 de 1996 sobre tarifas.	Publicidad de los contratos.
37	Decreto 1550 de 1995	15-Sep-95	Por el cual se reglamenta parcialmente el manejo presupuestal de los recursos públicos a través de los negocios fiduciarios	Vigencia a partir del 15 de septiembre de 1995.	Negocios fiduciarios.
38	Decreto 1721 de 1995	05-Oct-95	Por el cual se modifica el artículo 34 del Decreto 2681 de 1993	Vigencia a partir del 5 de octubre de 1995.	Crédito público, empréstitos y deuda pública. Modificaciones al Decreto 2681 de 1993.
39	Decreto 2046 de 1995	27-Nov-95	Por el cual se distribuyen unos negocios	Vigencia a partir del 27 de noviembre de 1995.	Administración de inmuebles en la nación. Asignación de competencias.
40	Decreto 2150 de 1995	05-Dic-95	Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública	Modificado por las leyes 962 y 964 de 2005, y por el Decreto 62 de 1996. Modifica el artículo 36 de la Ley 42 de 1993; el artículo 65 de la Ley 101 de 1993; los artículos 170 y 282 de la Ley 100 de 1993. Vigencia a partir de su publicación, con excepción de las normas del Capítulo II del Título 1 y del Capítulo XV del Título II, las cuales entraron a regir a partir del 6 de marzo de 1996.	Régimen antitrámites.
41	Ley 226 de 1995	20-Dic-95	Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones	Reglamentado por el Decreto 4649 de 2006. Deroga el parágrafo 3o del artículo 311 del Decreto 663 de 1993.	Privatizaciones. Régimen Especial.
42	Decreto 2326 de 1995	29-Dic-95	Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se hace una adición al Decreto 1584 de 1994 y se dictan otras disposiciones	Modificado por el Decreto 1463 de 1996. Adiciona un artículo al Decreto 1584 de 1994 (derogado) y deroga el Decreto 1522 de 1993.	Consultores de arquitectura.
43	Decreto 111 de 1996	15-Ene-96	Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto	Modificado por las leyes 617 de 2000 y 819 de 2003. Deroga el Decreto 360 de 1995.	Estatuto Orgánico de Presupuesto.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
44	Decreto 287 de 1996	09-Feb-96	Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993	Derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, excepto los artículos 3 y 4.	Reglamentación de asuntos contractuales respecto al plazo de adjudicación de contratos.
45	Decreto 1463 de 1996	16-Ago-96	Por el cual se modifica el artículo 20 del Decreto 2326 de 1995	Deroga el Decreto 1522 de 1983.	Corrección de un error tipográfico en el decreto del concurso de arquitectura.
46	Ley 330 de 1996	11-Dic-96	Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales	Vigencia a partir del 11 de diciembre de 1996	Contratación de prestación de servicios en Contralorías Territoriales. Prohibición.
47	Ley 397 de 1997	07-Ago-97	Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias	Modificada por las leyes 617 de 2000, 797 de 2003 y 1185 de 2008.	Desarrollo de proyectos culturales. Régimen especial.
48	Ley 418 de 1997	26-Dic-97	Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones	Prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y por la Ley 1106 de 2006. Deroga las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995.	Contribución especial del 5% en contratos de obra pública.
49	Decreto 26 de 1998	08-Ene-98	Por el cual se dictan normas de austeridad en el gasto público	Modificado por los Decretos 1737, 2209 de 1998, 2676 de 1999, 476 de 2000, 2890 de 2005 y 2411 de 2007. Artículos 8, 9 y 13 derogados por el Decreto 1737 de 1998. Deroga el numeral 1o del artículo 3 del Decreto 1050 de 1997 y el Decreto 1086 de 1997.	Austeridad del gasto público. Medidas contractuales.
50	Decreto 1737 de 1998	21-Ago-98	Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público	Modificado por los Decretos 2209 de 1998, 2445 de 2000, 1094 y 2672 de 2001, 3667 de 2006, 966 de 2007. Adicionado por los Decretos 1202 de 1999, 644 de 2002, 3668 de 2006, 1440 de 2007 y 2045 de 2007. Deroga los Decretos 2568 de 1994, 707 de 1992, los artículos 8, 9 y 13 del Decreto 26 de 1998.	Austeridad del gasto público. Medidas contractuales.
51	Decreto 1738 de 1998	21-Ago-98	Por medio del cual se dictan medidas para la debida recaudación y administración de las rentas y caudales públicos tendientes a la reducción del gasto público	Modificado por los Decretos 2209 de 1998, 2445 de 2000, 1094 de 2001 y 3667 de 2006. Adicionado por el Decreto 3668 de 2006.	Administración de recursos y de reducción del gasto público. Medidas contractuales.
52	Decreto 1818 de 1998	07-Sep-98	Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	Modificado por las leyes 640 de 2001, 794 de 2003 y 1098 de 2006.	Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estatuto.
53	Decreto 2209 de 1998	29-Oct-98	Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998	Modifica los Decretos 1737 y 1738 de 1998. Modificado por los Decretos 3667 de 2006 y 2445 de 2000. Deroga el artículo 7 del Decreto 26 de 1998.	Austeridad del gasto. Modificación.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
54	Ley 489 de 1998	29-Dic-98	Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones	Reglamentada por los Decretos 529 de 1999, 910 de 2000 y 1714 de 2000. Deroga los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.	Organización y estructura de la rama ejecutiva.
55	Ley 527 de 1999	18-Ago-99	Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones	Vigencia a partir del 21 de agosto de 1999.	Comercio electrónico.
56	Ley 555 de 2000	02-Feb-00	Por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones	Todas las disposiciones de esta ley fueron derogadas ‘...exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley’, según lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.	Servicios de Comunicación Personal PCS.
57	Ley 598 de 2000	18-Jul-00	Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones	Reglamentada por el Decreto 3512 de 2003.	SICE, creación y organización.
58	Ley 599 de 2000	24-Jul-00	Por la cual se expide el Código Penal	Modificada por la Ley 890 de 2004. Vigencia a partir del 24 de julio de 2001. Deroga el Decreto 100 de 1980.	Delitos relacionados con la contratación.
59	Ley 610 de 2000	15-Ago-00	Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías	Deroga los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 de la Ley 42 de 1993.	Procesos de responsabilidad fiscal.
60	Ley 617 de 2000	06-Oct-00	Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional	Modificada por las leyes 633 de 2000, 821 de 2003, 1148 de 2007 y 1296 de 2009. Deroga los artículos: 17 de la Ley 3ª de 1991; párrafo 3º del artículo 11 de la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del Parágrafo del artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º y 11 de la Ley 177 de 1994; el artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los artículos 7º, 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión “quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni” del numeral 5º del Artículo 44 de la Ley 200 de 1995.	Funcionamiento de los municipios y racionalización del gasto. Modificación.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
61	Ley 643 de 2001	16-Ene-01	Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar	Reglamentada por el Decreto 2483 de 2003.	Monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.
62	Decreto 626 de 2001	16-Abr-01	Por el cual reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993	Deroga el párrafo del artículo 4 del Decreto 855 de 1994.	Venta de armas y municiones que se consideren inservibles.
63	Decreto 1094 de 2001	07-Jun-01	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1737 del 21 de agosto de 1998.	Modifica el artículo 6º del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 3º del Decreto 2209 de 1998 y por el artículo 1º del Decreto 212 de 1999.	Austeridad del gasto. Modificación.
64	Ley 680 de 2001	08-Ago-01	Por la cual se reforman las Leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y se dictan otras disposiciones en materia de Televisión	Deroga los artículos 44 y 46 de la Ley 14 de 1991, 33 y 34 de la Ley 182 de 1995.	Servicio de televisión.
65	Ley 685 de 2001	15-Ago-01	Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones	Modificada por las leyes 788 de 2002, 863 de 2003 y 926 de 2004. Deroga los Decretos 2655, 2656 y 2657 de 1998.	Código de Minas. Régimen especial.
66	Ley 689 de 2001	28-Ago-01	Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994	Vigencia a partir del 31 de octubre de 2001.	Régimen de los servicios públicos domiciliarios. Modificación. Régimen Especial.
67	Ley 715 de 2001	21-Dic-01	Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.	Reglamentada parcialmente por, Decreto 159 de 2002, art. 1 del Decreto Nacional 2794 de 2002, Decreto Nacional 177 de 2004, Decreto Nacional 2194 de 2005, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 2194 de 2005, Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010	Régimen de los Fondos Educativos. Régimen Especial
68	Ley 734 de 2002	05-Feb-02	Por la cual se expide el Código Disciplinario Único	Vigencia a partir del 5 de mayo de 2002. Deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.	Código Disciplinario Único.
69	Decreto 327 de 2002	28-Feb-02	Por medio del cual se deroga el Decreto 2504 de 2001 y se reglamenta el párrafo 3o del artículo 41 de la Ley 80 de 1993	Deroga el Decreto 2504 de 2001.	Publicación de contratos estatales.
70	Decreto 393 de 2002	04-Mar-02	Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil	Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7 derogados por el Decreto 4881 de 2008; artículo 6, Capítulo II (artículos 8 al 22) derogados por Decreto 2763 de 2005; artículos 23 a 28, relativos al Registro Mercantil; Art. 35 (Régimen Transitorio) Modificado a su vez por los artículos 1 de los decretos 1126 de 2002, 3212 de 2002, Decreto 594 de 2003, Decreto 780 de 2003, Decreto 3401 de 2003 y Decreto 1711 de 2004. Artículo 29 modificado por el decreto 1690 de 2009. Deroga los Decretos 457 y 458 de 1995.	Registro de proponentes en las cámaras de comercio.
71	Decreto 941 de 2002	10-May-02	Por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamentan parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, el párrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 283 de la Ley 100 de 1993	Mantiene su vigencia mientras rija la Ley 550 de 1999.	Conmutación y administración de patrimonios autónomos pensionales.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
72	Decreto 1703 de 2002	02-Ago-02	Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud	Modificado por el Decreto 2400 de 2002. Modifica y adiciona el Decreto 1406 de 1999. Deroga el artículo 58 del Decreto 806 de 1998, artículo 60 inciso 1 del Decreto 1406 de 1999, artículo 2 numerales 5 y 7 del Decreto 047 de 2000.	Afiliaciones y pagos en seguridad social en salud.
73	Decreto 2170 de 2002	30-Sep-02	Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999	Derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24. El artículo fue declarado nulo. Vigencia a partir del 1 de enero de 2003. Deroga los artículos 3, 8, 11 y 12 del Decreto 855 de 1994 y el artículo 5 del Decreto 287 de 1996.	Asuntos contractuales diversos.
74	Ley 782 de 2002	23-Dic-02	Por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones	Corregida por el Decreto 1000 de 2003 y modificada por la Ley 1106 de 2006. Vigencia de cuatro (4) años a partir del 23 de diciembre de 2002. Deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los artículos 11, 40, 41, 48, 52, 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 100 de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999.	Caducidad por vínculos con grupos ilegales y contribución especial del 5% en contratos de obra pública.
75	Ley 789 de 2002	27-Dic-02	Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo	Reglamentada por el Decreto 827 de 2003, 973 de 2005 y 2190 de 2009. Modificada por las leyes 828 de 2003, 920 de 2004, 1111 de 2006, 1114 de 2006 y 1150 de 2007. El párrafo 2 del artículo 50 derogado por la Ley 1150 de 2007. Deroga el artículo 77 de la Ley 101 de 1993, los incisos 3 y 4 del párrafo único del artículo 181 de la Ley 223 de 1995, en lo relacionado con mantener la exoneración del pago al SENA excepto para las universidades públicas.	Seguridad social y control a los aportes parafiscales
76	Ley 797 de 2003	29-Ene-03	Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales	Reglamentada por el Decreto 510 de 2003. Deroga los artículos 30 y 31 de la Ley 397 de 1998.	Sistema general de pensiones. Modificación.
77	Ley 816 de 2003	07-Jul-03	Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública	Vigencia a partir del 8 de julio de 2003.	Apoyo a la industria nacional en la selección de contratistas.
78	Ley 819 de 2003	09-Jul-03	Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones	Modifica la Ley 179 de 1994 y Ley 225 de 1995.	Presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal.
79	Decreto 2283 de 2003	11-Ago-03	Por el cual se reglamentan algunas operaciones relacionadas con crédito público	Vigencia a partir del 12 de agosto de 2003.	Operaciones de crédito público.
80	Decreto 2800 de 2003	02-Oct-03	Por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994	Vigencia a partir del 3 de octubre de 2003.	Seguridad social en riesgos profesionales.
81	Ley 850 de 2003	18-Nov-03	Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas	Vigencia a partir del 19 de noviembre de 2003.	Veedurías ciudadanas.
82	Decreto 3512 de 2003	05-Dic-03	Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones	Reglamentado por Acuerdos del Comité para la operación del SICE números: 1 y 2 de 2004; 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de 2005; 9 y 10 de 2006; 11 de 2007; 12 de 2009, y por la Resolución Orgánica 5772 de 2006, y las Circulares 1, 2 y 3 de 2005; 1, 5 y 6 de 2008. El literal e) del art. 18 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, mediante auto de fecha 2 de febrero de 2005.	SICE, organización, funcionamiento y operación.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
83	Decreto 3816 de 2003	31-Dic-03	Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Administración Pública	Modificado por el Decreto 3043 de 2008.	Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Administración Pública.
84	Decreto 1145 de 2004	14-Abr-04	Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el desarrollo del Sistema General de Información Administrativa del Sector Público, SUIP	Modificado por el Decreto 3246 de 2007. Deroga los decretos 1049 de 2001 y 899 de 2003.	SUIP, Sistema General de Información Administrativa del Sector Público.
85	Decreto 3620 de 2004	03-Nov-04	Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Contratación Pública	Modificado por el Decreto 2178 de 2006 y 485 de 2009.	Comisión Intersectorial de Contratación Pública.
86	Decreto 3629 de 2004	04-Nov-04	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993	Vigencia a partir del 4 de noviembre de 2004.	Ejecución de contratos en distintas vigencias fiscales.
87	Ley 962 de 2005	08-Jul-05	Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos	Reglamentada por los Decretos 4669 de 2005 y 1151 de 2008. Modificada por la ley 1212 de 2008. Modifica el Decreto Ley 2150 de 1995 y el Código Sustantivo del Trabajo.	Estatuto antitrámites.
88	Ley 963 de 2005	08-Jul-05	Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia	Modificada por la Ley 1111 de 2006.	Contratos de estabilidad jurídica.
89	Ley 996 de 2005	24-Nov-05	Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones	Vigencia a partir del 24 de noviembre de 2005.	Garantías Electorales.
90	Decreto 2178 de 2006	29-Jun-06	Por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública	Modifica en lo pertinente los numerales 2.6 del artículo 2° y 4.11 del artículo 4° del Decreto 3620 de 2004.	Sistema electrónico para la contratación pública, SECOP.
91	Ley 1089 de 2006	31-Ago-06	Por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional	Vigencia a partir del 1 de septiembre de 2006.	Bienes y servicios destinados a la Defensa y Seguridad Nacional. Adquisición.
92	Decreto 3667 de 2006	19-Oct-06	Por el cual se modifica el artículo 8 del Decreto 1737 de 1998	Modifica el artículo 8 del Decreto 1737 de 1998, modificado por los artículos 4 del Decreto 2209 de 1998, 1 del Decreto 85 de 1999, 2 del Decreto 212 de 1999, 1 del Decreto 950 de 1999, 1 del Decreto 2445 de 2000 y 1o del Decreto 2465 de 2000.	Austeridad del gasto. Modificación.
93	Ley 1097 de 2006	02-Nov-06	Por la cual se regulan los gastos reservados	Vigencia a partir del 2 de noviembre de 2006	Gastos reservados. Definición.
94	Ley 1106 de 2006	22-Dic-06	Por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones	Vigencia de cuatro (4) años a partir del 22 de diciembre de 2006.	Contribución especial en contratos de obra. Prórroga.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
95	Ley 1121 de 2006	29-Dic-06	Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones	Modifica el numeral 1 y los literales d) y e) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto 663 de 1993, el artículo 105 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 11 de la Ley 526 de 1999, el artículo 43 de la Ley 190 de 1995, el artículo 23 de la Ley 365 de 1997, los incisos 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 3° de la Ley 526 de 1999, los numerales 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 del artículo 4° de la Ley 526 de 1999, los numerales 2 y 6 del artículo 6° de la Ley 526 de 1999, los numerales 3, 6 y 7 del artículo 7° de la Ley 526 de 1999, los incisos 3° y 4° del artículo 9° de la Ley 526 de 1999, el inciso 1° del artículo 15 de la Ley 599 de 2000, el inciso 1° del numeral 1 del artículo 16 de la Ley 599 de 2000, el inciso 1° del artículo 323 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 8° de la Ley 747 de 2002, el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, el artículo 345 de la Ley 599 de 2000, el artículo 441 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 9° de la Ley 733 de 2002, el numeral 20 del artículo 35 de la Ley 905 de 2004, el párrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004	Prevención de actividades ilícitas en procesos de contratación
96	Ley 1122 de 2007	09-Ene-07	Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 1151 de 2007.	Sistema de seguridad social en salud. Modificación.
97	Decreto 660 de 2007	06-Mar-07	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1089 de 2006	Vigencia a partir del 6 de marzo de 2007.	Bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional de producción nacional. Reglamentación de la adquisición.
98	Decreto 1957 de 2007	30-May-07	Por medio de la cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se dictan otras disposiciones en la materia	Modifica el Decreto 4730 de 2005. Deroga los artículos 19 y 20 del Decreto 4730 de 2005.	Presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal.
99	Ley 1148 de 2007	10-Jul-07	Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones	Modificada por la Ley 1296 de 2009.	Inhabilidades e incompatibilidades y póliza de vida para concejales. Modificación.
100	Decreto 4660 de 2007	29-Dic-07	Por medio de la cual se reglamenta el artículo 58 de la Ley 863 de 2003	Deroga el Decreto 537 de 2004. Vigencia a partir del 1 de enero de 2008.	Deber de entregar información a la DIAN en convenios de cooperación.
101	Decreto 4944 de 2007	26-Dic-07	Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2008, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos	Vigencia a partir del 1 de enero de 2008.	Presupuesto general de la nación vigencia 2008. Definición de las rentas, recursos y de los gastos.
102	Decreto 028 de 2008	10-Ene-08	Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.	Reglamentado por el Decreto 2911 de 2008.	Control Integral al gasto realizado con recursos del Sistema General de Participaciones

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
103	Decreto 066 de 2008	16-Ene-08	Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones	Derogado por el artículo 92 del Decreto 2474 de 2008, a excepción del artículo 83 relativo a derogatorias. Deroga expresamente el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, los Decretos 855 de 1994, 1898 de 1994, 329 de 1995, 1275 de 1995, 287 de 1996 salvo sus artículos 3° y 4°, 2964 de 1997, 1436 de 1998, 2334 de 1999, 2170 de 2002 salvo sus artículos 6°, 9° y 24; 3740 de 2004, 2503 de 2005, 219 de 2006, 959 de 2006, 2434 de 2006, 4117 de 2006, 4375 de 2006 y 499 de 2007.	Ley 1150 de 2007, diversos asuntos contractuales. Primer decreto reglamentario.
104	Ley 1185 de 2008	12-Mar-08	Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones	Deroga los artículos 30, 60, 80, 90, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 163 de 1959; modifica los artículos 151 a 159 del Decreto-ley 1355 de 1970; modifica los artículos 1o a 9o del Decreto-ley 2055 de 1970; modifica el Título II de la Ley 397 de 1997, salvo los artículos 9o, 12 y 13, y modifica y adiciona los artículos 40, 49, 56, 60 y 62 de la Ley 397 de 1997.	Ley General de Cultura. Régimen especial.
105	Decreto 1170 de 2008	14-Abr-08	Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, FRISCO	Vigencia a partir del 14 de abril de 2008.	Enajenación de bienes del Fisco.
106	Decreto 2474 de 2008	07-Jul-08	Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones	Los artículos 46, 68 y 87, y algunas expresiones de los artículos 10, 11, 22, párrafo 1 del artículo 44, 47, 52, 54, 65, 73, 75 y 89 fueron anulados por el Consejo de Estado. Algunas expresiones de los artículos 7, 12, 14, 88, y los párrafos 2 y 3 del artículo 53 y el párrafo 2 del artículo 77 se encuentran actualmente suspendidos por el Consejo de Estado. El artículo 44 fue derogado por el Decreto 2025 de 2009; artículo 46 derogado por el Decreto 3576 de 2009; artículo 53 fue adicionado por el Decreto 127 de 2009. Modificado y adicionado por los Decretos 2025 y 3576 de 2009. Deroga el Decreto 066 de 2008, salvo el artículo 83.	Modalidades de selección de los contratistas y otros asuntos. Principal reglamento vigente.
107	Ley 1219 de 2008	16-Jul-08	Por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados	Vigencia a partir del 16 de julio de 2008.	Gastos reservados.
108	Decreto 3460 de 2008	12-Sep-08	Por el cual se establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES - para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional	Vigencia a partir del 12 de septiembre de 2008.	Prórroga o adición de concesiones de obra pública.
109	Decreto 4444 de 2008	25-Nov-08	Por el cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2o del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007	Vigencia a partir del 25 de noviembre de 2008.	Enajenación de bienes del Estado.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
110	Ley 1250 de 2008	27-Nov-08	Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003.	Vigencia a partir del 27 de noviembre de 2008	Cotizaciones al Sistema General de Pensiones
111	Decreto 4533 de 2008	28-Nov-08	Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el párrafo 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993	Vigencia a partir del 28 de noviembre de 2008.	Proyectos de iniciativa privada para obra pública.
112	Decreto 4637 de 2008	05-Dic-08	Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 8o de la Ley 708 de 2001	Deroga el Decreto 4695 de 2005. Artículo 4o modificado por el Decreto 3297 de 2009 y el Decreto 1540 de 2010	Planes de enajenación onerosa.
113	Decreto 4828 de 2008	24-Dic-08	Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública	Modificado por los Decretos 2493, 931 y 490 de 2009. El artículo 13 y un aparte del inciso 2o de artículo 18 fueron derogados por el Decreto 2493 de 2009; párrafo del artículo 16 adicionado por el Decreto 2493 de 2009. Deroga los artículos 16, 17, 18 y 19 del Decreto 679 de 1994, el Decreto 280 de 2002 y el Decreto 2790 de 2002.	Garantías en la Contratación Pública.
114	Decreto 127 de 2009	19-Ene-09	Por el cual se adiciona el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008	Vigencia a partir del 20 de enero de 2009.	Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.
115	Ley 1286 de 2009	23-Ene-09	Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones	Modificado por el Decreto 1904 de 2009. Modifica el artículo 6° de la Ley 29 de 1990 y los artículos 10, 16, 18, 25, 29, 32 del Decreto 585 de 1991. Deroga el artículo 8° de la Ley 29 de 1990, los artículos 1°, 2°, 3°, 7°, 8°, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 del Decreto 585 de 1991.	Transformación de Colciencias. Régimen Especial.
116	Decreto 485 de 2009	19-Feb-09	Por el cual se adiciona el Decreto 3620 de 2004	Modifica el artículo 3 del Decreto 3620 de 2004 sobre la Comisión Intersectorial de Contratación Pública.	Comisión Intersectorial de Contratación Pública.
117	Decreto 490 de 2009	20-Feb-09	Por el cual se modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008	Vigencia a partir del 20 de febrero de 2009.	Régimen de garantías. Modificación.
118	Decreto 851 de 2009	13-Mar-09	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 141 de 1994, se modifican los Decretos 450 de 1996 y 4814 de 2008, y se dictan otras disposiciones	Modifica el artículo segundo del Decreto 4814 de 2008 y deroga el artículo 2 del Decreto 450 de 1996.	Interventorías técnicas a las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías.
119	Decreto 931 de 2009	18-Mar-09	Por el cual se modifica el artículo 6 del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008	Vigencia a partir del 18 de marzo de 2009.	Cláusula de indemnidad en los contratos estatales.
120	Ley 1296 de 2009	29-Abr-09	Por medio de la cual se modifica el artículo primero de la Ley 1148 de 2007	Modifica el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000.	Prohibiciones de cónyuges, compañeros permanentes y parientes de gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales. Modificación.
121	Decreto 1690 de 2009	13-May-09	Por medio del cual se modifica el artículo 29 del Decreto 393 de 2002 y se dictan otras disposiciones	Vigencia a partir del 13 de mayo de 2009.	Tarifas por los servicios correspondientes al registro de proponentes, RUP.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
122	Decreto 2025 de 2009	03-Jun-09	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones	Modificado por el Decreto 3576 de 2009. El artículo 3 derogado por el Decreto 3576 de 2009. El artículo 3 original fue declarado nulo por el Consejo de Estado. El párrafo del artículo 5° se encuentra actualmente suspendido por el Consejo de Estado Adiciona un tercer párrafo al artículo 5, modifica los artículos 7, 46, 47, 52, el tercer inciso del artículo 54, art. 65, el párrafo del artículo 88 y deroga el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008.	Modificación del Decreto 2474 de 2008 principal reglamento de las modalidades de selección de los contratistas y otros asuntos.
123	Decreto 2493 de 2009	03-Jul-09	por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008	Modifica los artículos 7, 9, el numeral 16.3 del artículo 16, el segundo inciso del numeral 23.1 del artículo 23; adiciona un párrafo al artículo 16 y deroga el artículo 13 del Decreto 4828 de 2008, y la expresión del artículo 18 <i>“El incumplimiento de la obligación de aportar nuevos bienes generará para el contratista las consecuencias previstas en el artículo 13 de este decreto del Decreto 4828 de 2008”</i> .	Régimen de garantías. Modificación.
124	Decreto 2680 de 2009	17-Jul-09	Por el cual se definen los criterios para el Registro de Productores de Bienes Nacionales	Vigencia a partir del 17 de julio de 2009. Este decreto debe ser interpretado de forma armónica con lo previsto en los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 816 de 2003, que regulan el apoyo a la industria nacional	Registro de Productores de Bienes Nacionales
125	Ley 1341 de 2009	30-Jul-09	Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones	Rige a partir del 30 de julio 2009, salvo los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1o, los cuales empiezan a regir a partir del 30 de enero de 2010. Deroga la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.	Tecnologías de la información y de las telecomunicaciones TIC.
126	Decreto 3576 de 2009	17-Sep-09	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009	Modifica el párrafo del artículo 17, el artículo 48, el artículo 83 y el artículo 89 del Decreto 2474 de 2008, el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 de 2009. Deroga el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 3 del Decreto 2025 de 2009. Los artículos 1 y 2 fueron suspendidos por el Consejo de Estado.	Procedimiento de selección para el 10% de la menor cuantía.
127	Decreto 3806 de 2009	30-Sep-09	Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública	Deroga el artículo 10 del Decreto 679 de 1994.	Mipymes, convocatoria y promoción.
128	Ley 1369 de 2009	30-Dic-09	Por medio de la cual se establece el Régimen de los Servicios Postales y se dictan otras disposiciones	Deroga el artículo 37 de la Ley 80 de 1993	Servicios Postales. Régimen.
129	Decreto 1039 de 2010	30-Mar-10	Por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008	Vigencia a partir del 30 de marzo de 2010	Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. Adición.

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
130	Decreto 1430 de 2010	28-Abr-10	Por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en materia de garantías para la celebración de contratos sobre tecnologías espaciales y se dictan otras disposiciones para la celebración de este tipo de contratos	Vigencia a partir del 28 de abril de 2010	Garantías en la celebración de contratos sobre tecnologías espaciales.
131	Decreto 1464 de 2010	29-Abr-10	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el registro único de proponentes a cargo de las cámaras de comercio y se dictan otras disposiciones	Deroga el Decreto 4881 de 2008 y los Decretos 836, 1520, 2247 y 3083 de 2009	Registro único de proponentes, RUP. Reglamentación.
132	Decreto 1964 de 2010	31-May-10	Por el cual se reglamenta el contrato electrónico para el aseguramiento del régimen subsidiado y se dictan otras disposiciones	Modifica en lo pertinente el Acuerdo 415 de 2009, especialmente, el Capítulo VIII.	Contrato electrónico del régimen subsidiado en salud
133	Decreto 2400 de 2010	06-Jul-10	Por el cual se reglamentan el numeral 9.6 del artículo 9° y el artículo 12 de la Ley 1a de 1991 sobre garantías	Reglamenta la Ley 1° de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos, y la Ley 1242 de 2008, Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales. Deroga el Decreto 708 de abril 27 de 1992	Garantías en contratos de concesión sobre zonas de uso público, concesión para embarcaderos, autorizaciones temporales y actividades portuarias
134	Decreto 2473 de 2010	09-Jul-10	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007	Vigencia a partir del 9 de julio de 2010. Los procesos de selección que a la entrada en vigencia del decreto cuenten con resolución de apertura, se adelantarán hasta su culminación con la normatividad vigente al momento de su elaboración.	Criterios de escogencia y calificación de propuestas, y factores de desempate.
135	Ley 1393 de 2010	12-Jul-10	Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se re direccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones	Deroga el artículo 2° del Decreto 1289 de 2010	Recursos para la salud y medidas para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud.
136	Decreto 2500 de 2010	12-Jul-10	Por el cual se reglamenta de manera transitoria la contratación de la administración de la atención educativa por parte de las entidades territoriales certificadas, con los cabildos, autoridades tradicionales indígenas, asociación de autoridades tradicionales indígenas y organizaciones indígenas en el marco del proceso de construcción e implementación del Sistema Educativo Indígena Propio SEIP.	Vigencia transitoria a partir del 12 de julio de 2010 y hasta la expedición de la norma que traslade la administración de la educación a los pueblos indígenas en el marco del Sistema Educativo Indígena Propio	Contratos de Administración de la Atención Educativa por pueblos indígenas

	Norma	Fecha	Epígrafe	Vigencia	Comentarios
137	Decreto 3894 de 2010	15-Oct-10	Por el cual se adiciona el artículo 79 del Decreto 2474 de 2008	Vigencia, a partir del 15 de octubre de 2010	Modificación del Decreto 2474 de 2008, principal reglamento de las modalidades de selección de los contratistas y otros asuntos
138	Decreto 4266 de 2010	12-Nov-10	Por el cual se modifica el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008	Vigencia, a partir del 12 de noviembre de 2010	Modificación del Decreto 2474 de 2008, principal reglamento de las modalidades de selección de los contratistas y otros asuntos

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición de reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ATEHORTÚA RÍOS, C.A, HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, A.E, OSPINA M, J. M. *Temas en contratos estatales*. 1ª edición, Bogotá, Dike, 2010.

BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal*, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BENAVIDES RUSSI, J. L. y J.O. SANTOFIMIO GAMBOA, Compiladores. *Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

BETANCUR CUARTAS, JAIME. *Nuevo estatuto general de la contratación administrativa*, Medellín, Dike, 1995.

CUÉLLAR CRUZ, MARÍA LORENA. *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2010.

CUELLO DUARTE, FRANCISCO. *Contratos de la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, ECOE Ediciones, 2009.

DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993*, 2ª edición, Bogotá, Legis 2003.

DEL CASTILLO RESTREPO. EDMUNDO. *La reforma a la contratación pública, interpretación y alcance de la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Cámara de Comercio de Bogotá, Certicamara, Uniempresarial.2008.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo II*. Giro Editores Ltda., 2002.

GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO. *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*, 1ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO. *Marco y Procedimientos de la Nueva Contratación*, 2ª edición, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL. *La Contratación Administrativa en Colombia. Doctrina - Jurisprudencia*, Bogotá, Editorial Jurídicas Wilches, 1990.

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *La responsabilidad pecuniaria, del servidor público en la Ley 80 de 1993, en Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

KAUFMAN, A. *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999

MATALLANA CAMACHO. ERNESTO. *Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la Ley 80.* 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

MOLANO LÓPEZ, MARIO ROBERTO. *La Nueva Estructura de los Procesos selectivos en la Contratación Estatal.* 1ª edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2009.

MUÑOZ TAMAYO, DIEGO. *Privatización en Colombia. Marco Jurídico para la Transferencia de la Propiedad Estatal*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2004.

MURILLO GONZÁLEZ, M. C. y F. A. CONSUEGRA. *Manual de Contratación Administrativa*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

MUTIS VANEGAS, A. y A. QUINTERO MÚNERA. *La Contratación Estatal. Análisis y Perspectivas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección de Profesores No. 28, 2001.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La Contratación de las Entidades Estatales*, 5ª edición, Medellín, Editorial Libería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005.

PINO RICCI, JORGE. *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAVE ARISTIZÁBAL, GABRIEL. *Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo*, 4ª edición, Medellín, Editorial Libería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2008.

RICO PUERTA, LUIS ALFONSO. *Teoría General y práctica de la Contratación Estatal*, 5ª edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2008.

RIVERO, J y J. WALINE. *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1998.

ROA SALGUERO, D. y H. FERRER LEAL. *La Falta Disciplinaria en la Contratación Estatal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

RODRÍGUEZ R., GUSTAVO HUMBERTO. *Contratos Administrativos y de Derecho Privado de la Administración*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho Administrativo General y Colombiano.* 9ª edición, Bogotá, Temis, 1996.

SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA. *Análisis Económico de los Procedimientos de Selección de los Contratistas del estado en el Derecho Colombiano: Hacia un Mecanismo eficiente y Transparente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos de celebración indebida de contratos, análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. 1ª edición Bogotá, Universidad Externado 2000.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho Administrativo*, 9ª edición, Bogotá, Temis, 1987.

