



PROYECTO DE LEY No. _____

Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones



Bogotá D.C, 29 de agosto de 2022

Doctor

Juan Gregorio Eljach Pacheco

Secretario General.

Senado de la República.

Capitolio Nacional

Asunto: Radicación proyecto de Ley “Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones”.

Doctor Eljach:

De manera atenta y respetuosa y en consideración a los artículos 139 y 140 de la Ley 5 de 1992 presentó a consideración del Senado de la República el Proyecto de Ley “Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones ”, para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la Ley y la Constitución. Por tal motivo, adjuntamos el mismo vía correo electrónico en formato PDF y .doc para que se dé cumplimiento a lo reglado en la Ley 5 de 1992.

Agradezco disponer el trámite legislativo previsto en el artículo 144 de la Ley 5 de 1992 respecto del siguiente proyecto.

Cordialmente,

RODOLFO HERNANDEZ
SENADOR



PROYECTO DE LEY No. ____

Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 1 de la Ley 80 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y de aquellas entidades estatales sujetas en sus actos y contratos al régimen excepcional del derecho privado en los casos en que sean la parte contratista en contratos interadministrativos y deban subcontratar con terceros.

PARÁGRAFO PRIMERO. En desarrollo del presente artículo la entidad estatal contratista debe aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando quiera que los recursos a ejecutar pertenezcan a una entidad pública contratante, sujeta a dicho Estatuto. Así mismo, deberá dar aplicación a los documentos tipo dentro de los pliegos de condiciones, indistintamente del régimen jurídico que sea aplicable a sus actos y contratos.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las entidades estatales cuyo régimen de contratación sea el del derecho privado, deben aplicar los pliegos tipo cuando celebren contratos de obra y de interventoría.

ARTÍCULO 2. INHABILIDAD PARA CONTRATAR POR CONTRATISTAS HALLADOS RESPONSABLES POR COLUSIÓN O FRAUDE ENTRE LICITANTES. Adiciónese un literal L) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

L) Cuando una persona natural o jurídica haya sido declarada responsable bien sea directamente o indirectamente a través de una figura asociativa por colusión o fraude entre licitantes por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, quedará inhabilitada por cinco (5) años para contratar con el Estado a partir del fallo debidamente ejecutoriado.



ARTÍCULO 3. Modifíquese el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así

12. Previo a la apertura de un proceso de selección por licitación pública, procesos de selección abreviada, concurso de méritos, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Para proyectos de infraestructura la entidad estatal deberá garantizar los estudios en fase de ingeniería de detalle (fase 3), la disponibilidad de los predios y las licencias de construcción, las licencias ambientales y las consultas previas que se requieran dependiendo del proyecto. Por lo anterior no es procedente que las entidades estatales exijan en sus pliegos de condiciones y en la ejecución del contrato estatal la apropiación de diseños por parte del contratista constructor.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la factibilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. Para estos efectos la entidad estatal para contratos de concesión podrá delegar en el contratista la gestión predial, la fase de ingeniería de detalle (fase 3) y la obtención de las licencias de construcción y ambiental.

En las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos de obra, consultoría y concesión que adelanten las Entidades regidas por la ley 80 de 1993 y las que tengan regímenes especiales, pero que ejecutan recursos públicos, se deberán utilizar metodologías de trabajo colaborativo, tales como el modelaje digital de información de la construcción (BIM del inglés Building Information Modeling), soportadas por herramientas electrónicas (tecnológicas) específicas o equivalentes existentes en el mercado.

Las entidades públicas, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y, en fin, las entidades que ejecuten recursos para inversión de infraestructura, sin que ello implique crear nuevos cargos, sino aprovechar las capacidades de los funcionarios actuales, deberán implementar la metodología de GESTIÓN DE PROYECTOS, donde se conciban, planifiquen, coordinen, monitoreen y controlen los proyectos que ejecute la entidad, siguiendo el estándar ANSI/PMI 99-001-2017 del PMI (Project Management Institute por su sigla en inglés) que garanticen la madurez de los proyectos antes de iniciar el proceso precontractual y durante su ciclo de vida.

Para lograr establecer esta metodología, se implementará el concepto de Oficina de Gestión de Proyectos (OGP) y el Gobierno Nacional reglamentará, en un término no superior a 90 días, contados a partir de la sanción de la presente ley, la entidad que



deberá establecer la estrategia única para implementar los estándares, guías, procedimientos y procesos a seguir en cada una de las entidades donde su oficina de planeación o la que haga sus veces, logre concebir, planear, ejecutar, monitorear, controlar y mantener los proyectos acorde a los lineamientos y estándares implementados.

PARÁGRAFO PRIMERO. La implementación de estas metodologías por parte de las entidades, así como la de las oficinas de gestión de proyectos será gradual, de acuerdo con el calendario que, para el efecto establezca el gobierno nacional, dentro de los 90 días siguientes a la sanción de la presente ley. En todos los casos, la implementación de las herramientas que trata el presente artículo, deberán estar siendo aplicadas a más tardar el primero de enero de 2026.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El Gobierno Nacional, en cabeza del DNP, Ministerio de vivienda, Ministerio de Transporte y aquellos Ministerios que correspondan, promoverán en un plazo no mayor de dieciocho meses, el despliegue de un amplio programa de divulgación, capacitación, entrenamiento y certificación profesional o laboral para el uso y verificación de las metodologías tipo BIM y PMI o de su equivalente, conforme a la normativa y los manuales de buenas prácticas.

PARÁGRAFO TERCERO. El Gobierno Nacional reglamentara el mecanismo por el que entidades técnicas idóneas y expertas sin ánimo de lucro otorguen la validación de proyectos de inversión en infraestructura por la complejidad del objeto, pero de todas maneras cuando superen los cinco mil salarios mínimos legales vigentes (5.000 smmlv), en cuanto pertinencia, idoneidad de los estudios y diseños para los contratos de obra, de concesión, o de Asociación Publico Privada. Estos conceptos que emitan los cuerpos consultivos serán de carácter vinculante.

ARTÍCULO 4. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, modificado parcialmente por el artículo 52 de la ley 2195 de 2022, el cual quedará así:

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.



En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación, modificación y, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en todos los contratos estatales suscritos por las entidades estatales sometidas o no al presente estatuto, en los cuales no se haya prohibido expresamente conforme a este artículo. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente. Igualmente se pactará la cesión unilateral del contrato, cuando administrativamente se haya sancionado por actos de corrupción al contratista, caso en el cual la entidad estatal ordenará mediante acto administrativo motivado la cesión unilateral, sin lugar a indemnización alguna al contratista que haya sido sancionado por actos de corrupción, y será la entidad estatal la encargada de determinar el cesionario del contrato adjudicando al que obtuvo el segundo orden de elegibilidad.
3. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO PRIMERO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas excepcionales pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas

PARÁGRAFO SEGUNDO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, no se podrá pactar quedando prohibida la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

ARTÍCULO 5. Adiciónese el párrafo 4 y el párrafo 5 al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

ARTÍCULO 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.

...

PARÁGRAFO CUARTO. Las entidades estatales que celebren contratos o convenios con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional y entes gubernamentales extranjeros financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, serán ejecutoras de los recursos de cooperación por préstamo o donación y de su contrapartida, y podrán adelantar los procesos de selección objetiva sometiendo a los reglamentos de tales entidades, excepto en aquellos casos en los cuales el organismo de cooperación internacional sea ejecutor de recursos para consultoría o prestación de servicios estando prohibido la ejecución de obra pública, caso en el cual están obligados a aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto de contratación de la Administración Pública y los recursos que ejecuten se someten al control fiscal.

PARÁGRAFO QUINTO. Queda prohibido a las entidades estatales ejecutar recursos públicos a través de convenios de cooperación con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

ARTÍCULO 6. Modifíquese el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:



1. El jefe o representante de la entidad publicará por el término de diez (10) días hábiles los estudios previos, el aviso de convocatoria y los proyectos de pliegos de condiciones en el portal de contratación SECOP. Durante este periodo los interesados podrán hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones y la entidad estatal antes de ordenar la apertura se encuentra obligada a dar respuesta a dichas observaciones.
2. 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 la ley 80 modificado por el artículo 87 y por esta ley, 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, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre-factibilidad (fase 1), factibilidad (fase 2) e ingeniería de detalle (fase 3).

3. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de la ley 80 y el artículo 5º de la ley 1150 de 2007, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.
4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. Adicionalmente se celebrará la audiencia para discutir los riesgos del contrato en aplicación del artículo 4º de la ley 1150 de 2007.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

Lo anterior no impide que, dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá en el portal transaccional de SECOP II o quien haga sus veces.

5. El plazo de la licitación entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre que tienen los proponentes para preparar y presentar oferta el cual no podrá ser inferior a diez (10) días hábiles contados a partir del acto de apertura de la licitación.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.
7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables. Este plazo podrá prorrogar por el inicialmente fijado en los pliegos de condiciones.
8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad y se publicarán en el portal transaccional por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar los documentos aportados para la ponderación de sus ofertas.
9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante, lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. De igual manera si la adjudicación se obtuvo por medios ilegales y ya se perfeccionó el contrato, la entidad estatal deberá darlo por terminado de manera anticipada y ordenará su liquidación en el Estado en que se encuentre y podrá adjudicarlo al segundo en orden de elegibilidad en caso que la ejecución del contrato no haya superado el cincuenta por ciento (50%) del mismo.

Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.

11. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales



conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

PARÁGRAFO PRIMERO. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

PARÁGRAFO SEGUNDO. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntajes diferentes a la oferta económica.

El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO TERCERO. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a las ofertas incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles termino en el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad.



En aquellos eventos cuando se abren las propuestas económicas, si la entidad estatal encuentra que se hace necesario requerir a uno o varios oferentes por considerar que la oferta económica es artificialmente baja, deberá garantizar que el rechazo o la admisión de la propuesta para que siga compitiendo se deberá decidir antes de determinar cual es la formula aleatoria para ponderar los puntos para la oferta económica.

ARTÍCULO 7. Modifíquese el artículo 40 de la ley 80 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

PARÁGRAFO PRIMERO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Se entiende por anticipo un recurso público que se gira de manera previa a la iniciación del contrato o concurrente con su iniciación que luego debe ser amortizado por los pagos pactados en el contrato hasta ser amortizado en su totalidad y por tal razón no pierde su naturaleza de dinero público al ser administrado por el contratista y se podrá pactar solo en los contratos de tracto sucesivo. Cuando la entidad estatal no gire al inicio de la ejecución del contrato el anticipo pactado, deberá reconocer intereses moratorios para lo cual se aplicarán las reglas establecidas en la ley. Para su administración el contratista beneficiario de ese giro deberá constituir una fiducia mercantil a su costa para crear un patrimonio autónomo con una sociedad fiduciaria



autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo, pero sin perder la naturaleza de recursos públicos. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.

Se entiende por pago anticipado un pago que se efectúa con la iniciación del contrato estatal y se pacta para contratos de ejecución instantánea.

En los contratos de obra siempre se otorgará un anticipo al menos del 25% del valor total del contrato.

En los contratos de interventoría la remuneración del contratista será la que determine la entidad estatal sin que sea permitida la remuneración para la interventoría para los contratos de obra, por avance de la misma.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. Para los contratos de obra el contrato adicional permitirá incorporar las obras no previstas u obras complementarias o las mayores cantidades de obra siempre que no exceda del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales.

PARÁGRAFO TERCERO. CONTINUIDAD DE LA INTERVENTORÍA. Los contratos de interventoría sin el límite previsto en el presente contrato, podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia y un (1) meses más para recibir el objeto respectivo contrato.

PARÁGRAFO CUARTO. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7o de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.



ARTÍCULO 8. Modifíquese el inciso tercero del artículo 41 de la ley 80 de 1993 el cual quedará así:

ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.

Los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. En caso que se haya iniciado un proceso sancionatorio por incumplimiento del contrato en desarrollo del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no se podrá autorizar la cesión del contrato hasta tanto quede ejecutoriado el acto administrativo sancionatorio.

ARTÍCULO 9. Modifíquese el artículo 42 de la ley 80 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 42. De la urgencia manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; y cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

ARTÍCULO 10. Modifíquese el artículo 43 de la ley 80 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 43. Control de la contratación de urgencia. Cuando se haga uso de la contratación de urgencia, se observará el siguiente procedimiento:

1. Al siguiente día de haberse expedido el acto administrativo por medio del cual se declara una urgencia manifiesta, la entidad estatal correspondiente remitirá copia del acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos y de la actuación y de las pruebas de los hechos, para las entidades del orden nacional y departamental a los Tribunales Administrativos y para los Municipios y Distritos al juez



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

municipal con competencia en el domicilio de la autoridad que hizo uso de ella, que resolverá en única instancia.

2. El Juez competente dará traslado al ministerio público por un término de cinco (5) días, ordenará su fijación en lista por el mismo término y citará y oirá en audiencia al servidor público que declaró la urgencia.
3. El juez competente se pronunciará dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia sobre la existencia de los hechos y circunstancias constitutivas de la urgencia y, con base en los elementos de convicción que obren en el proceso, declarando la legalidad. En caso de ilegalidad compulsará copias a los organismos de control y penales para lo de su competencia
4. Si lo resuelto por el juez competente mediante sentencia ejecutoriada es en el sentido de que la urgencia manifiesta fue declarada ilegalmente, notificará a la autoridad administrativa que la expidió por el medio más expedito y rápido a efectos de que procesa a más tardar el día siguiente a decretar la terminación unilateral del contrato, ordenes de obra o de servicios o adquisición que se encuentren en ejecución y procesa a la liquidación en el estado en que se encuentren a la fecha.

ARTÍCULO 11. Modifíquese el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.



Los siguientes son los criterios proporcionales que deben ser atendidos por las entidades estatales al momento de elaborar proyectos de pliegos de condiciones y pliegos de condiciones definitivos:

a. Respecto a las condiciones de experiencia se tendrán en cuenta los siguientes parámetros:

- I. El requerimiento de experiencia general y específica para cualquier proceso de selección podrá acreditarse entre uno (1) y seis (6) contratos en la siguiente proporción respecto del presupuesto oficial:
De uno (1) hasta dos (2) contratos el setenta y cinco por ciento (75%) del presupuesto oficial
De tres (3) hasta cuatro (4) contratos el ciento veinte por ciento (120%) del presupuesto oficial
De cinco (5) hasta seis (6) contratos el ciento cincuenta por ciento (150%) del presupuesto oficial
- II. Está prohibido exigir ejercicio profesional de años hacia atrás contado a partir de la recepción de ofertas para las personas naturales y existencia de años hacia atrás contado a partir de la recepción de ofertas para personas jurídicas.
- III. Los requisitos exigidos para presentar oferta se deben limitar a acreditar experiencia sobre las actividades globales del negocio. Está prohibido exigir ítems específicos de obra como acreditación de experiencia.

b. Respecto a las condiciones financieras se tendrán en cuenta los siguientes parámetros:

Índice de Liquidez máximo 1.0

Índice de Endeudamiento máximo 70% Razón de Cobertura de Intereses máximo 1

Rentabilidad del Patrimonio y del Activo mayor o igual a 0.0 Capital de trabajo se definirá mediante la siguiente fórmula $CT: Valor\ del\ Contrato - Anticipo / plazo\ de\ ejecución * 1.5$

Para los indicadores financieros, se aplicarán entre los máximos o mínimos exigibles en aquellos pliegos de condiciones que no estén regulados por los documentos tipo.

Esta prohibido incorporar como requisito habilitante financiero, por ser restrictivo de participación, la exigencia de cupos de crédito.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA



- c. En general está prohibido que contengan cláusulas que tengan por propósito crear un obstáculo que se califique como innecesario, es decir, que su regulación no contenga ninguna justificación.
 - d. En los procesos de selección por convocatoria pública que requieran del registro único de proponentes, la clasificación debe corresponder con el objeto del contrato y máximo cinco códigos de Naciones Unidas, permitiendo la habilitación cuando el proponente acredite cualquiera de los cinco códigos.
 - e. Se permitirá experiencia general y específica del proponente acreditado sin límite hacía atrás contados a partir de la recepción de propuestas.
 - f. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.
 - g. En los pliegos de condiciones se establecerá en las causales de rechazo de las ofertas, una causal relacionada con la presentación por parte del proponente sobre información inconsistente y falta de veracidad, que genere el rechazo de la propuesta y la respectiva compulsas de copias a la respectiva autoridad competente.
2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección de licitación pública y procesos de selección abreviada de menor cuantía en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b. La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.



3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. Esta prohibido utilizar el mecanismo de subasta o bolsa mercantil para la adquisición del PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (PAE).
4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores, prohibición que se extiende a todas las entidades estatales que tienen régimen especial.

5. Para efectos de los procesos de selección abreviada de menor cuantía se tendrá en cuenta el siguiente trámite:
 - a. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.
 - b. Para la selección a que se refiere el literal b) del numeral 2o. de la ley 1150 de 2007, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10).

La entidad estatal en el proyecto de pliego de condiciones y en los pliegos de condiciones definitivos deberá definir los requisitos mínimos habilitantes que deben acreditar los interesados para presentar su manifestación de interés regulando los criterios jurídicos, financieros y de experiencia general y específica, información que se tomará del registro único de proponentes y generará un informe de evaluación de habilitados que se pondrá a disposición de los oferentes para ejercer el derecho de contradicción por dos (2) días hábiles.

Se programará una audiencia pública para dar respuesta a las observaciones y establecer la lista definitiva de interesados en presentar oferta técnica y económica. En el evento que se hayan presentado más de diez proponentes, la entidad estatal en la misma audiencia podrá realizar un sorteo para definir un listado máximo de diez interesados.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

- c. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

PARÁGRAFO PRIMERO. Para efectos de establecer los criterios de calidad, las entidades estatales tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a. Está prohibido incluir dentro de los factores de ponderación la asignación de puntos para programas de trabajo, programación de obra, rendimientos en la ejecución del contrato de obra, factor de calidad-técnico, flujo de inversión, plan de calidad, protocolo de bioseguridad, plan de manejo ambiental y en general cualquier otro mecanismo que le permita al comité evaluador adjudicar puntos de manera subjetiva. Los profesionales y asesores externos en solidaridad con el ordenador de gasto y su delegado, y el proponente beneficiario que haya obtenido la adjudicación, incurrirán en causal de mala conducta cuando los pliegos de condiciones presenten reglas que permitan adjudicar puntos de manera subjetiva, aparte de las responsabilidades penales que correspondan.
- b. El recurso humano mínimo será definido en los pliegos de condiciones con criterios proporcionales con el objeto del contrato, pero solo será objeto de habilitación y para el concurso de méritos será objeto de habilitación y de adjudicación de puntos.

Para efectos de los requerimientos de formación académica de los equipos de trabajo de construcción se podrá exigir máximo el grado de especialista, y para los equipos de trabajo de consultoría se podrá exigir máximo el grado de maestría

- c. Cuando sea requerida maquinaria en un proyecto será definida en los pliegos de condiciones con criterios proporcionales con el objeto del contrato y será objeto de adjudicación de puntos en el factor de calidad. Por lo menos deberá permitirse participar con modelos de los últimos diez años contados a partir de la presentación de propuestas.
- d. Las entidades estatales están obligadas a evaluar el cumplimiento de contratos mediante la disminución de puntaje en el factor de calidad, por sanciones contractuales de multa y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria



durante los últimos tres años del reporte del registro único de proponentes, y con base en las siguientes reglas:

Ninguna sanción contractual. No hay disminución de puntaje

Una multa. Disminución de un cinco por ciento (5%) del puntaje total

Entre dos (2) y tres (3) multas disminución del diez por ciento (10%) del puntaje total

Cuatro (4) o más multas disminución del veinte por ciento (20%) de puntaje total

Una imposición de un (1) acto administrativo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria disminución de un diez por ciento (10%) del puntaje total

Una imposición de dos (2) o más actos administrativo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria disminución del veinte por ciento (20%) de la totalidad de los puntos

- e. Las entidades contratantes se abstendrán de agregar demanda cuando se trate de contratos de obras o consultoría, de tal manera que se permita la participación de la micro y pequeña empresa, sin perjuicio que un solo proceso licitatorio se pueda adjudicar por grupos. En esos términos el pliego de condiciones hará la previsión correspondiente para evitar la concentración en pocos oferentes estableciendo el máximo de grupos que se podrá adjudicar al mismo oferente.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO TERCERO. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para ningún proceso de selección de contratistas.

PARÁGRAFO CUARTO. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.



PARÁGRAFO QUINTO. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO SEXTO. Por ningún motivo podrá otorgarse puntaje a la realización de visita de obra o como requisito habilitante, o al no requerimiento de anticipo o forma de pago inconveniente para el contratista.

PARÁGRAFO SÉPTIMO. Cuando las entidades estatales hagan uso de la plataforma SECOP I están obligadas a realizar la audiencia de que trata el artículo 9º de la ley 1150 de 2007 de manera presencial.

PARÁGRAFO OCTAVO. Está prohibido en los proyectos de pliegos de condiciones y pliegos definitivos otorgar puntaje por ofrecimientos adicionales sin ningún costo para la entidad.

ARTÍCULO 12. Informes de Colombia Compra Eficiente.

La Agencia Colombia Compra Eficiente establecerá indicadores que permitan establecer el impacto de la utilización de pliegos tipo y las medidas que se adoptan en la presente ley, en materia de participación de oferentes en los procesos de selección de contratistas. Una vez entrada en vigencia la presente ley la Agencia de Colombia Compra Eficiente presentará dentro de los dos meses siguientes un cronograma de entrada en vigencia los pliegos tipo que aun no han sido reglamentados y las fechas en las cuales entrará a regir la plataforma SECOP II en todas las entidades estatales que aún están tramitando sus procesos en la plataforma SECOP I.

ARTÍCULO 13. Derogatorias.

Con la presente ley se derogan todas las normas que le sean contrarias y en especial se deroga el artículo 9 y 17 de la ley 1150 de 2007, el artículo 85 y 88 de la ley 1474 de 2011, el artículo 220 y 224 del decreto 092 de 2012, el artículo 1º y 5º de ley 1882 de 2018 y el párrafo del artículo 56 de la ley 2195 de 2022.

ARTÍCULO 14. Vigencia.

La presente ley empieza a regir a partir de su promulgación, con excepción de los artículos que señalan términos más amplios.



Cordialmente,

RODOLFO HERNÁNDEZ
SENADOR

PROYECTO DE LEY No. ____

Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Si bien hasta la fecha se han adoptado distintas modificaciones al Estatuto de Contratación de la Administración Pública las mismas no han logrado el efecto esperado. La corrupción administrativa se enquistó en la contratación estatal, léase por ejemplo la ley 1150 de 2007 que intentó detener el direccionamiento de procesos de selección con los conocidos “pliegos sastre” y por ello propuso en el artículo 5º que los requisitos habilitantes fueran “adecuados” y “proporcionales” con la naturaleza del contrato y con su valor; y luego la expedición de la ley anticorrupción, ley 1474 de 2011 (ley anticorrupción), que aumentó las penas y creó nuevas inhabilidades; y no lo lograron. Pese a ese esfuerzo legislativo los índices de corrupción no disminuyen.

Consideramos que no ha sido suficiente, porque todos los días saltan a la vista hechos que muestran que el direccionamiento de algunas licitaciones públicas se sigue presentando en la actualidad. Para la muestra un botón, de los 53 convenios interadministrativos que el Ministerio del Interior suscribió con varios Municipios en desarrollo del programa de gobierno “SACUDETE” (enero a mayo de 2022) se generaron licitaciones públicas en los Municipios, con un solo licitante a pesar del valor de cada licitación que era superior a mil millones de pesos para construir infraestructura deportiva.

Recientemente los medios de comunicación denunciaron la apropiación de quinientos mil millones de pesos (\$500.000.000) con la ejecución del Sistema



General de Regalías para garantizar la implementación del proceso de paz y a través de los OCAD-Paz. La mayoría de proyectos viabilizados presentan dos constantes que me permito resaltar: (a) se le terminaron adjudicando a entidades estatales no sometidas al régimen de contratación pública, con lo cual se evadió el proceso de selección de licitación pública, que era el que correspondía (teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y el monto de los recursos); y, (b) no se aplicaron las normas relativas a en cuanto hace a los pliegos tipo, dentro de los



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

pliegos de condiciones, como corresponde para proyectos de infraestructura vial, por la misma razón.

Con fundamento en lo expuesto se propone un proyecto de reforma a las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y la ley 1474 de 2011 en diez frentes que permitirían concretar la responsabilidad de las entidades contratantes, así como de los participantes en los procesos de contratación en sus distintas facetas. Además, se busca con esta reforma colocar reglas de participación en los procesos de selección que garanticen verdaderamente la transparencia, la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes.

Las modificaciones serían las siguientes:

1) Como se ha reseñado por parte de la doctrina¹, puede hablarse del abuso de la figura del contrato interadministrativo al utilizarse para acudir al régimen excepcional de entidades estales no sometidas al régimen de contratación de la administración pública con lo cual se evitan los procesos de convocatoria pública. En la historia de las investigaciones por este uso inadecuado se hace patente que primero se utilizaba la figura con las cooperativas, luego con las entidades de educación superior y ahora el vehículo son las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, departamental y municipal.

La última modificación a esta institución que obró la Ley 2195 de 2022 (artículo 56) no logró cerrar la brecha que había quedado abierta en el art. 2, num. 4, lit. c) de la Ley 1150/07. En efecto, en la Ley 2195/22 aunque se estableció la regla general conforme a la cual los contratos que se suscribieran en desarrollo de un convenio o contrato interadministrativo se sujetan al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, creó una excepción para cuando el convenio o contrato interadministrativo se suscribiera con instituciones de educación superior públicas, empresas sociales del Estado, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado “únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario”. Lo que está sucediendo en la práctica es que todas las entidades estatales con régimen excepcional se acogieron a la excepción y se volvió al problema inicial, evitar procesos licitatorios y/o evitar aplicar los documentos tipo;

1 Matallana Camacho Ernesto. “MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, REFORMA LEY 80 DE 1993”. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Edición 2005, 2009, 2013, y 2015



2) En el documento Guía Práctica COMBATIR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES² editado por la Superintendencia de Industria y Comercio señala que las conductas de aquellos empresarios que se apartan de la sana competencia y realizan actos con el fin de no competir son sancionadas conforme a los dispuesto por la ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, normas que establecen que los actos, acuerdos y causales de abuso de posición dominante se consideran contrarios a la libre competencia y en los casos en los cuales el Estado actúa como consumidor por intermedio de la contratación pública, el decreto en mención prohíbe los acuerdo que se presenten entre los proponentes para no competir, para la distribución de adjudicaciones de contratos, para la distribución de concurso o para la fijación de términos de las propuestas, por violar normas de la libre competencia.

Dentro de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio reguladas en el artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 modificadas por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, le corresponde por violación de cualquiera de las disposiciones sobre la protección de la competencia, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes, y si resulta ser mayor, hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Agrega la norma que la persistencia en la conducta infractora, será circunstancia de agravación para efectos de la graduación de la sanción. Luego el artículo 47 del mismo decreto establece que son acuerdos contrarios a la libre competencia el regulado en el numeral 9 y en los siguientes términos:

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Para la guía, la colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. Agrega que los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Indica que según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas.

2 https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf



Lo anterior supone una validez relevante por los efectos nocivos que representa la colusión o fraude entre licitantes en la contratación pública, sobre todo por lo que representa para la economía y para la distribución equitativa de negocios entre los proveedores, constructores y prestadores de servicios que se animan a contratar con el Estado. Sin embargo, si bien hay un sistema que regula que esta practica pueda ser objeto de investigación y con consecuencias graves para quien incurre en esta práctica, ello no determina que quien violó este régimen le impida volver a contratar con el Estado, es decir, un empresario pudo haber sido sancionado por violación de la libre competencia al ponerse de acuerdo con otros empresarios y tratar de influir una decisión de una adjudicación en detrimento de los otros empresarios y del propio Estado Colombiano, por cuanto es posible que la manipulación de la decisión pudiera determinar no adjudicar a la oferta más conveniente en virtud del principio de selección objetiva.

Por lo anterior proponemos que una persona natural o jurídica que haya sido sancionada con la imposición de una multa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio derivado de la violación de las normas de libre competencia y específicamente de aquellas conductas en donde haya incurrido en colusión o fraude en licitaciones o concurso o en la distribución de adjudicaciones de contratos, también sea objeto de una inhabilidad por cinco años.

3) La falta de maduración de los proyectos sigue generando vacíos en su estructuración como lo viene demostrando la sucesiva jurisprudencia del Consejo de Estado³ el cual ha considerado que en la fase precontractual se encuentran deficiencias de planificación, como por ejemplo sucede con la falta de disponibilidad de los predios lo que, a posteriori no permitiría la ejecución del contrato o que éste no podrá ejecutarse en el tiempo acordado. En otras palabras, la planificación del proyecto obliga a las entidades a la racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr el fin del contrato como es el interés general a través de los contratos estatales.

Es así como se requiere que desde los estudios previos se puedan establecer los precios reales del mercado y así le permita evaluar objetivamente las condiciones del contrato. Se requiere desde la elaboración de los estudios previos, analizar todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles y aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto del contrato se lleve a feliz término. Un asunto importante, advierte la jurisprudencia, es la determinación de la duración del objeto contractual, ya que permite fijar el costo real del negocio proyectado y así se asegure la conmutatividad del contrato estatal.

³ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 27.315. Consejo de Estado Sentencia del 12 de diciembre de 2015, expediente 51.489.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

En consecuencia, consideramos que es necesario regular la fase de maduración de los proyectos de inversión para reducir los riesgos de contratos que no pueden ser ejecutados, o su ejecución se convierta en más onerosa para la administración pública. Para tal fin se proponen la implantación de la gestión de proyectos bajo estándares internacionales tales como el PMI. A continuación se presenta una descripción de lo que serían las oficinas de gestión de proyectos estatales que, por supuesto, no puede servir de vehículo para ampliar la burocracia.

Gestión de Proyectos.

Al tener una cantidad tan numerosa de entidades generando proyectos, compras, programas y en general adquisiciones, las condiciones son suficientes para pensar que debemos tener una gestión de proyectos unificada y acorde a las últimas tendencias y estándares que se vienen implementando a nivel internacional.

El objetivo de buscar un lenguaje universal para los proyectos, es un tema que viene implementándose hace más de 40 años y esto ha generado estándares, normatividades y lineamientos a nivel mundial muy reconocidas en el sector privado y cada vez más en el sector público. El estándar ANSI/PMI 99-001-2017 del PMI (Project Management Institute) es el referente que se ha establecido globalmente en grandes operaciones e igualmente en entidades estatales de países como Canadá, Estados Unidos, Singapore, Qatar y Reino Unido e igualmente en Organizaciones internacionales con operaciones a nivel mundial como la ONU o el BID que ha generado su propia metodología denominada PM4R (Project Management for Results) enfocada a contratación de proyectos de inversión.

OGP (Oficina de gestión de proyectos)

La necesidad de una estrategia de inversión pública que permita estandarizar los procesos de gestión de proyecto y una alineación a los planes de desarrollo nacional, departamentales y municipales, con lo cual se puedan determinar un ciclo de vida de los proyectos, programas, servicios y/o necesidades, nos lleva a proponer la implementación de la metodología de GESTIÓN DE PROYECTOS del PMI mediante la adaptación a nuestras oficinas de planeación (o equivalente en todas las entidades contratantes) a las nuevas tendencias establecidas para oficina(s) de gestión de proyectos estatal(es) donde se dicten y controlen todos los lineamientos propios de esta metodología logrando consolidar un nivel central



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

RODOLFO
HERNÁNDEZ
SENADOR DE COLOMBIA

de liderazgo, estandarización, implementación, mejora continua y sostenimiento de una estrategia única para todas las oficinas de planeación (o las que hagan sus veces) que estarán obligadas a implementar la metodología para concebir, planear, ejecutar, monitorear, controlar y mantener los proyectos.

La función principal de una OGP estatal, es tener una estandarización y unos parámetros claros de gestión de proyectos que permita la optimización de los recursos públicos logrando obtener una definición clara de las condiciones en que una inversión se genera, se evalúa, se planifica, se desarrolla, se entrega y se mantiene en el tiempo.

BIM (Building Information Modeling).

El BIM hace referencia a una metodología de trabajo colaborativo basada en la generación y el intercambio de datos entre todas las partes del proyecto. Sobre la base de estos datos es posible gestionar todo el ciclo de construcción de un proyecto, desde la idea y diseño hasta la realización.

BIM incorpora información geométrica 3D, de tiempos 4D, de costos 5D, ambiental 6D y de mantenimiento 7D.

El Ciclo de Vida y el proceso de maduración de proyectos

La contratación pública y los esfuerzos por controlar la corrupción en ésta, se enfocan en el proceso de compra o de selección del contratista; lograr un proceso adecuado en esta fase del proyecto ha sido objeto de esfuerzos, incluyendo los pliegos tipo y la gestión de los entes de control. Estos esfuerzos deben ser realizados en todas las fases de un proyecto y para esto se debe estandarizar el CICLO DE VIDA de los proyectos y programas y determinar en cada fase de este ciclo los procesos adecuados bajo una estandarización de todos los parámetros de costos, tiempos y alcance.

Tener un ciclo de vida establecido, estándares y mejores prácticas implementadas y acompañados de metodologías y desarrollos tecnológicos aplicados como BIM (Building Information Modeling), nos permiten garantizar la maduración de los proyectos, optimización de recursos y minimizar riesgos de corrupción.

Sistemas de Información , Gestión documental y bases de datos.

Las aplicaciones tecnológicas disponibles en la actualidad unidas a la capacidad de gestión de datos que se permiten a través de grandes bases y sistemas de información, son garantía de la implementación de un control documental y una gestión de proyectos adecuada que permite a las entidades el control de la información e igualmente el establecer parámetros históricos que brindan



retroalimentación y la seguridad de lograr rangos de tiempos y precios adecuados para la elaboración de los presupuestos y programas de obra.

Tener el control de la información y su adecuada gestión permite que el origen de los nuevos proyectos sea basado en lecciones aprendidas y en información actual, así como el establecer mecanismos abiertos de monitoreo y control.

Información para monitoreo y control público

El trabajo de las OGP, promueve, además, la transparencia ante los ciudadanos pues las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad, permiten generar sistemas de monitoreo y control social que logran informar en tiempo real el avance y estado de las inversiones públicas.

En conclusión, la indebida elaboración de los estudios previos puede generar que el objeto del contrato no pueda ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución del contrato no podrán cumplirse y puede sobrevenir un incumplimiento de las partes contratantes, en detrimento patrimonial para el Estado por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

Lo anterior genera la necesidad de regular con mayor detalle la obligación de las entidades estatales de planificar los contratos en sus especificaciones técnicas, sobre todo en lo que tiene que ver con los proyectos de infraestructura.

4) Las cláusulas excepcionales son inherentes a la contratación pública por tener origen en el poder público, y así se contemplaba en el derogado Decreto 222 de 1983; por lo tanto, se propone que todos los contratos tengan pactadas dichos medios de control y vigilancia.

En estos términos, la fuente que justifica la existencia de las cláusulas excepcionales al derecho común, es el poder público, afirma Benavides⁴ que los poderes unilaterales no son el resultado de una regla positiva sino de una prerrogativa del poder público, cuyo fundamento se encuentra fuera del contrato, en los privilegios con los cuales debe contar la Administración para lograr sus fines públicos. Esta naturaleza extracontractual por encima del contrato explicaría las razones por las cuales no es necesaria una consagración positiva y además que no se necesita que las partes las pacten e incluso que la misma ley las consagre,

4 Benavides, José Luis. Moreno Cruz, Pablo. La Contratación Pública en América Latina. Universidad Externado de Colombia. 2016, pág. 62 a 68



pues son inherentes a la Administración y por eso no son disponibles por las partes lo que conllevaría a que la Administración no pueda renunciar a ellas.

Por lo tanto, la fuente legítima se encuentra en las potestades públicas de preservación del interés general y las responsabilidades de la Administración en el mantenimiento del correcto desarrollo y prestación de los servicios públicos. Bajo ese nuevo criterio, todos los contratos estatales deben gozar de esta prerrogativa y así el Estado no pierde el control y vigilancia sobre los contratos que debe vigilar para que se cumplan las finalidades que es indudablemente el interés general. En segundo lugar se propone ampliar a todos los contratos estatales que suscriban las entidades estatales la cláusulas excepcionales al derecho común y así reducir las interpretaciones que la jurisprudencia ha señalado frente a la aplicación o no de los medios de control como son la terminación, modificación e interpretación unilaterales, la declaratoria de caducidad y la cláusula de reversión, incluyendo la posibilidad de hacer efectiva la cláusula de multas y cláusula penal pecuniaria por acto administrativo, todo con el objeto de ampliar la protección del interés general que demanda la aplicación de estos mecanismos excepcionales y de privilegio para el Estado.

Cuando se presentaron los casos de corrupción en la concesión de Bogotá – Girardot, el interventor del contrato incurrió en un grave incumplimiento que no se pudo detener a tiempo en razón a que la Administración Pública no tenía los instrumentos para imponer la caducidad al contrato de consultoría por cuanto la norma no tenía contemplado que se pudieran pactar en este tipo de contratos.

Recientemente en un contrato de aporte se pactaron las cláusulas excepcionales donde el contratista allegó a la entidad estatal una póliza de seriedad como garantía bancaria que no reconoce la entidad financiera, y allegó la garantía bancaria para garantizar el cumplimiento del contrato que tampoco reconoce la entidad financiera, por lo tanto se declaró la caducidad del contrato, estando la duda si en este tipo de contratos no es válido su pacto, o si al tratarse de un contrato de prestación de servicios de internet también se entiende que las pueden pactar las partes contratantes⁵.

5) Para los convenios de cooperación⁶, se ha sostenido que han generado un abuso del convenio de cooperación con organismos de cooperación internacional que con su propio régimen ha ejecutado recursos estatales, cuando la filosofía de

5 Matallana Camacho, Erneso. Artículo para las Jornadas de Derecho Administrativo de la facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia 2022. “LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN COMO MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”.

6 Matallana Camacho Ernesto. “MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, REFORMA LEY 80 DE 1993”. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Edición 2005, 2009, 2013, y 2015



estos convenios de asociación era que la propia entidad fuera el órgano ejecutor, por lo tanto, se propone que no sea posible ejecutar recursos públicos a través de Organismos de Cooperación Internacional;

6) Los medios de comunicación se han encargado de denunciar prácticas de corrupción y una de ellas se presenta en la licitación pública respecto de su trámite por parte de las entidades estatales y es lo que se han denominado licitaciones express, que son procesos de convocatoria pública en la cual se conceden términos muy cortos para preparar y presentar ofertas por parte de los interesados, y a pesar que estos solicitan una prórroga de dicho plazo, la entidad estatal se resiste a concederlo con el argumento de la necesidad de adjudicar prontamente, en clara vulneración del derecho a la igualdad y libre competencia económica. Para la muestra podemos ilustrar un proyecto del municipio de Chía (Cundinamarca) con la con la Licitación Pública n.º LP-29 -2018⁷, en el cual al analizar como se surtió el proceso encontramos que se presentaron sucesivas observaciones al mismo sobre el tiempo demasiado corto para preparar y presentar la propuesta, sobre todo en lo referente al diligenciamiento de 1.500 ítems de obra, solicitud que no fue atendida por el Alcalde de dicho municipio, propiciando que no se presentara ningún proponente, obligando a declarar desierta la licitación y luego ordenar la apertura para un proceso de selección abreviada donde solo se obtuvo un solo proponente, caso analizado por la doctrina⁸.

Para Oscar González, Zar anticorrupción identificó en la revista Cambio las diez modalidades más utilizadas, y una de ellas es la Licitación Express, en donde los funcionarios públicos ordenadores de gasto, de común acuerdo con los contratistas, establecen términos muy breves para el diseño, preparación, elaboración y presentación de las propuestas que serán consideradas. Explica que en una semana abren el proceso, fijan fecha para la presentación de las propuestas y establecen en un mismo día la visita y la audiencia de aclaraciones y el plazo para formular observaciones, y solo el que está escogido esta en capacidad de cumplir y los demás quedan por fuera por razones de tiempo y distancia.

Por lo tanto, se requiere regular los plazos de la licitación pública para obstaculizar esta mala práctica administrativa.

7 [<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-11-8793732>]

8 Matallana Camacho Ernesto. "LA LICITACIÓN PÚBLICA. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas". UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2021



7) La línea jurisprudencial del Consejo de Estado no ha sido uniforme en la calificación de la naturaleza jurídica del anticipo y eventualmente hay lagunas en la ley que han permitido en la ejecución de contrato que el recurso público sea girado al mismo contratista cuando la pretensión del control de esta institución cuando introdujo la fiducia mercantil, era girarle directamente a los fabricantes o distribuidores. Por lo tanto, se requiere introducir una mejor reglamentación de la institución para facilitar que los contratistas tengan aportes estatales que permitan el financiamiento de los primeros gastos del contrato y facilite un mayor número de proponentes.

En la sentencia del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2021 expediente 65277 considera el anticipo como un recurso que debe ser amortizado y que se concibe como una herramienta de apalancamiento financiero para que el contratista pueda hallar solvencia y dar inicio a las actividades estipuladas en desarrollo del objeto del contrato, posición compartida en la Sentencia del 3 de noviembre de 2020, expediente 47760 donde señala que el recurso del anticipo debe ser amortizado. Así mismo siguiendo esta línea jurisprudencial encontramos la Sentencia del 5 de julio de 2006 expediente 24812 se califica el anticipo como dinero público que siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no lo amortice totalmente por cuanto es el adelanto del precio que aún no se ha causado, y su pago tardío genera intereses moratorios. Que sea un pago previo a la iniciación del contrato también lo indicó en la Sentencia del 28 de abril de 2021 expediente 45298. Sobre el pago a tiempo del anticipo también se pronunció la Sentencia del 7 de septiembre de 2020, expediente 43877.

Por su parte en contravía con la línea jurisprudencial, el Consejo de Estado en Sentencia del 12 de febrero de 2014 expediente 31682, sostuvo que el anticipo no es un préstamo sino que en realidad constituye una modalidad de pago que las partes en desarrollo de su autonomía de la voluntad libremente puedan convenir, sea anticipo o pago anticipado es una obligación que asume la entidad y por ello es valido reconocer intereses moratorios.

Por lo anteriormente expuesto se hace necesario determinar la naturaleza jurídica del anticipo, y las consecuencias jurídicas por su pago tardío.

Por otra parte se considera que se hace necesario aclarar la modificación de los contratos para establecer con mas exactitud que la ampliación en plazo en valor se deba celebrar en virtud no de una adición sino de un verdadero contrato adicional, toda vez que a través de la variación del plazo inicialmente pactado o del valor se están modificando las condiciones inicialmente fijadas en el contrato y para modificar tanto el plazo como el valor la entidad estatal debe justificar las razones por las cuales desplaza el cumplimiento del interés general que persigue el contrato estatal y como bien lo estableció la Corte Constitucional en la

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C.
Ventanilla única de correspondencia primer piso
Conmutador: 3823000 – 3824000, Fax: 3824179

www.senado.gov.co



Sentencia C-400 de 1999, no solo frente al plazo sino en el mayor valor que ahora debe reconocerle al contratistas, aclarando que cuando se trata de mayores cantidades de obra, no se requiere de suscribir un contrato adicional toda vez que las partes en principio de autonomía de la voluntad definieron las especificaciones técnicas por parte de los pliegos de condiciones y el contratista le fijo el precio unitario de cada ítem con la propuesta económica

Adicionalmente en el contrato de consultoría que comprende, de acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, entre otras actividades los estudios, diseño e Interventoría, se trata de trabajos intensivos que emplea recurso humano técnico y profesional, y por ello su presupuesto se calcula teniendo en cuenta la formación académica de las personas, la dedicación requerida y el tiempo de duración de la actividad. Así las cosas, independientemente de la eficiencia con que desarrolle el contrato el constructor, el interventor debe mantener su plantilla de personal y por tanto no resulta ni procedente ni equitativo que se pretenda cancelar el servicio prestado por el personal de la interventoría en función del avance de obra.

En efecto, es un error pretender calcular el costo de la Interventoría en función del valor del contrato de construcción pues el primero depende del personal que requiera y no de los costos de construcción que pueden elevarse por efectos de superiores especificaciones y, no por ello debe ser más onerosa la interventoría.

Remunerar la Interventoría en función del avance de obra nos llevaría al absurdo de negar el pago a un interventor diligente que con su personal advirtió, apremió y sustentó la sanción de un contratista que está atrasado en la obra y esa circunstancia detectada y por la cual se le debe pagar al interventor, se haría nugatoria porque la obra no avanza, situación por la cual se estaría no solo sancionando al incumplido, sino también al interventor al negarle el pago.

En síntesis podemos afirmar que mientras haya actividad del constructor, debe haber presencia de la interventoría y, por ende remuneración de la misma pues de lo contrario podría presentarse un enriquecimiento sin causa a favor del contratante que recibe un servicio y no cancela valor alguno por el mismo. Finalmente consideramos que se le debe conceder al interventor del contrato un mes adicional de remuneración de sus servicios para que reciba el contrato y proyecte la correspondiente liquidación de mutuo acuerdo.

8) Se está volviendo de común ocurrencia acudir al expediente de la cesión del contrato cuando se presentan dificultades y atrasos en la ejecución del mismo y, lo que debiera ser una sanción por incumplimiento, se convierte en una posibilidad de negocio para el contratista incumplido.



Está mala práctica resulta inaceptable y por tanto es imperativo regular la forma en que se pueden ceder los contratos por imposibilidad cierta de continuar su ejecución, y sancionar, antes de la cesión a quien quiere evadir la responsabilidad que asumió al presentar la oferta y suscribir el contrato.

Un caso que puede ilustrar lo dicho en párrafos precedentes lo publicó el diario Vanguardia de Bucaramanga en su edición del domingo 21 de agosto de 2023, bajo el titular " Los enredos que han impedido que Barrancabermeja tenga su propia PTAR.

Establece la Unidad Investigativa de Vanguardia que un contrato suscrito en septiembre de 2016 con un plazo de 37 meses a hoy solo tenga un avance del 28% y ni los integrantes del consorcio interventor ni los del consorcio constructor hoy estén al frente de sus contratos, pues o renunciaron a la ejecución en el caso del interventor o vendieron su participación en el caso de los dos miembros del consorcio constructor.

Sin duda alguna el cambio de constructores e interventores afecta el desarrollo de los proyectos y por ende al contratante y a la comunidad y por ello debe ser objeto de sanción quien no honra su compromiso contractual y " vende el problema", en lugar de asumir su responsabilidad y culminar el contrato.

Por todo lo anterior es que se regula la cesión de los contratos cuando se realizan para pretender evitar una sanción por incumplimiento.

En esos términos consideramos que se hay un atraso en la ejecución del contrato es deber de las entidades estatales iniciar los procedimientos por incumplimiento del contrato de conformidad con la aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y evitar que para eludir una sanción contractual como la aplicación de una multa, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria e incluso decretar la caducidad del contrato, se solicite la cesión del contrato. Por lo tanto para evitar esta mala práctica proponemos entonces que de solicitarse la cesión del contrato y este en curso o se haya iniciado una actuación administrativa encaminada a demostrar el incumplimiento para imponer una sanción contractual, entonces solo opere la cesión una vez que se haya proferido acto administrativo sancionatorio debidamente ejecutoriado.

9) La urgencia manifiesta ha dicho la doctrina⁹ requiere de una reforma a la institución y a su sistema de control para que pase del control fiscal inútil al control

9 Matallana Camacho Ernesto. "LA URGENCIA MANIFIESTA. ASPECTOS TEÓRICOS SUSTANCIALES Y PROCESALES Y LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA INSTITUCIÓN".



judicial más eficiente y que tenía el proyecto presentado por el Ejecutivo y modificado en los tramites legislativos.

El primer problema radica en el presupuesto para declarar la urgencia manifiesta, el cual genera que cualquier proceso de selección que no permite adelantar una convocatoria sea tramitado por esta vía excepcional, y adicionalmente el control de legalidad se adjudicó a los organismos de control fiscal, y su pronunciamiento no tiene efectos cuando declara la ilegalidad del acto de declaratoria de urgencia manifiesta, por cuanto al ser un acto administrativo no detiene la actuación irregular, además que los tiempos que le ha demandado ese pronunciamiento se extienden al tramitarlo en doble instancia, conociendo casos en los cuales se demoró hasta cinco años para pronunciarse sobre la ilegalidad de la actuación administrativa sometida a su control.

Lo indagado por la doctrina demostró que los controles eran deficientes que permitían el abuso de esta institución en contra del tramite regular, esto es, adelantar el proceso de convocatoria pública. Se evaluaron declaratorias controladas por Contraloría General de la República en el periodo 1994 – 1998. Así se presentan los antecedentes de esta institución:

La ley 110 de 1912. art. 27 Urgencia Evidente.

Ley 61 de 1921. Urgencia Evidente. Cubrimiento de necesidades inmediatas de orden público o seguridad nacional, o la amenaza de una calamidad como una epidemia o una inundación, por el Consejo de Ministros

Ley 4ª de 1964. Calamidad o grave perjuicio social.

Decreto 150 de 1976. Urgencia evidente. Necesidades inmediatas de orden público, seguridad nacional o calamidad pública declarada por el Consejo de Ministros.

Decreto ley 222 de 1983. Urgencia evidente. Necesidades actuales previsibles de orden público, seguridad nacional o calamidad pública.

Revisando el proyecto de ley 149 de 1992 posterior ley 80 de 1993, en su artículo 37 relativo al Control de la contratación de urgencia, se propuso como sistema de control de legalidad, que una vez celebrados los contratos adjudicados por urgencia manifiesta, estos y el acto administrativo que la declaró se enviarían al Tribunal Administrativo del domicilio de la autoridad. No establece un plazo para que se pronuncie y la sentencia es susceptible de recurso de apelación ante el Consejo de Estado, quien tiene un mes para decidir sobre la ilegalidad de la actuación administrativa.



Es necesario aclarar que en el trámite legislativo en la ponencia en el segundo debate, se modificó el control de legalidad y paso para ser competente la autoridad de responsabilidad fiscal del orden territorial correspondiente que debía decidir en los siguientes dos meses de radicados el acto administrativo y los contratos.

Doctrinariamente hay una regla general para seleccionar al contratista que es la licitación pública, por lo tanto, el trámite de urgencia manifiesta es un sacrificio del principio de transparencia, por cuanto no se requiere de solicitud de ofertas y el único límite es celebrar el contrato a precios de mercado. La discusión jurídica es que pasa cuando no se cumplen los requisitos para expedir el acto de urgencia manifiesta, allí se incurre en la prohibición legal expresa de eludir los procesos de selección de contratistas que correspondan (n8art.24ley80) y que genera la nulidad de toda la actuación administrativa.

Sin embargo, el problema es más de fondo, por cuanto al estudiar las causales para acudir a la urgencia manifiesta, puede suceder que los criterios sean los suficientemente amplios que permitan en cualquier caso acudir a esta institución y esa actuación termine siendo válida jurídicamente hablando. Por esta razón se presenta el proyecto de ley 048 de 1999, en donde propone reducir a dos causales la declaratoria de urgencia manifiesta y que no agotó el trámite legislativo:

Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción a que se refieren los artículos 212, 213, y 215 de la Constitución Nacional;

Cuando peligre la prestación de los servicios públicos o la salubridad general como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales o por casos fortuitos o de fuerza mayor.

Por lo anterior, se propone una reforma tanto de las causales para declarar la urgencia manifiesta como el sistema de control de legalidad para se devuelva como en el proyecto original, a la justicia contencioso administrativa, pero con un trámite más expedito.

10) Modificación del artículo 5º de la ley 1150 y el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 se propone luego de los análisis propuestos por la doctrina¹⁰, donde se demuestra como a través de reglas abusivas, desproporcionadas, irracionales y discriminatorias se logra un fraude a derechos constitucionales como la libre competencia económica y el derecho a la igualdad. Proponemos una regla de prevalencia condicionada en combinación con las reglas del pliego tipo, con los cuales establecemos las cláusulas necesarias en términos de experiencia y

10 Matallana Camacho Ernesto. "LA LICITACION PÚBLICA. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas". UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 2021



capacidad financiera, y nos apoyamos en las denuncias que sobre estos casos se presentan en las redes sociales¹¹ sobre el direccionamiento y la posterior presencia de un solo proponente.

En otras palabras, se trata de corregir una práctica administrativa recurrente desde que se expidió la ley 80 de 1993 denominada direccionamiento de los procesos de selección donde las entidades estatales elaboraban pliegos de condiciones hechos a la medida del proponente que sería el adjudicatario, muchas de estas reglas de participación se diseñaban con requisitos muy altos que solo podría cumplir quien estaba predestinado para participar como único proponente y al cumplir con todos los requisitos se le adjudicaba el contrato con un beneficio económico para el contratante muy bajo o nulo al no haber presencia de competidores o proponentes.

En el año 2007 al expedirse la ley 1150 de 2007 se deroga el artículo 29 de la ley 80 y se implementa el artículo 5º que establece que los requisitos mínimos habilitantes de capacidad financiera y experiencia deben ser adecuadas y proporcionales con la naturaleza y el valor del contrato. Al comparar requisitos de participación que generan un solo proponente y licitaciones públicas que tienen alta participación se encuentra que reglas como experiencia de cinco y hasta ocho veces en facturación; exigencia de cantidades de obra específicas, el requerir ejercicio de la profesión u oficio o la existencia de persona jurídica en quince o diez y ocho años contados hacia atrás; solicitar experiencia reciente de los últimos dos o tres años; requerir de los interesados en la exigencia del registro único de proponentes diez a quince clasificaciones, se constituyen en reglas abusivas, discriminatorias, desproporcionadas que impiden que se ejerzan derechos constitucionales como la libre competencia económica y el derecho de igualdad.

Ello amerita que desde la ley se puedan condicionar los pliegos de condiciones a reglas que generen una mayor participación, como ya lo logró el artículo 5º de la ley 1882 cuando permite la acreditación de experiencia en lo público y lo privado¹².

Hay una práctica de la administración de empaquetar en un mismo proceso proyectos que incrementan los requisitos de participación concentrando la adjudicación en pocos proponentes¹³, tal como quedó registrado en el informe de Control Excepcional Recursos de Proyectos de Infraestructura Educativa, presentado por la Contraloría General de la República en un Informe de Auditoría

11 @IngirRodrigo

12 Matallana Camacho, Ernesto. "LA LICITACIÓN PÚBLICA. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas". Universidad Externado de Colombia. 2021

13

file:///Users/macbookair/Downloads/Informe%20No.%2034%20AC.%20Control%20Excepcional%20Proyectos%20FFIE.pdf



de Cumplimiento de Julio de 2020, en dicho informe (pág. 9) se indica que entre el año 2015 y 2016 el Fondo de Infraestructura Educativa PA-FFIE realizó 4 invitaciones abiertas para suscribir los contratos marco de obra e interventoría para los 5411 proyectos de infraestructura educativa, con un presupuesto estimado agotable. Como resultado, se suscribieron 13 contratos marco de obra con 9 contratistas, divididos en 5 regiones y 533 proyectos, además 13 contratos marco de interventoría con 19 contratistas y 533 actas de servicio de interventoría.

En esos términos el Ministerio de Educación Nacional (MEN) aportó un billón doscientos seis mil cuatrocientos cuatro millones doscientos sesenta y un mil veintiocho pesos (\$1.206.404.261.028), y a su vez las entidades territoriales y el Sistema General de Regalías un billón ciento setenta y nueve mil ciento setenta y dos millones ochocientos cuarenta y seis mil ciento ochenta y tres pesos (\$1.179.172.846.183), para financiar 541 proyectos priorizados con corte a Diciembre 31 de 2019, dentro del cual se encuentran 286 proyectos, objeto de evaluación.

Luego se informa que mediante auto 001 del 18 de enero de 2019 se declaró por parte de la Contraloría General de la República, de impacto nacional los hechos relacionados con los recursos de inversión del MEN para la infraestructura educativos. Así mismo mediante auto ORD 80112-0213-2019 del 8 de noviembre de 2019, el Contralor admitió la solicitud de control excepcional de la Veeduría a la Gestión Pública Estado Colombiano a los recursos públicos destinados para las obras de infraestructura educativa y con fundamento en la siguiente queja:

Lo anterior, se fundamentó en la queja que instauró una veeduría ciudadana con número 2019ER0124780 del 08 de noviembre de 2019, "(...) mediante el cual el Representante Legal de la Veeduría a la Gestión Pública Estado Colombiano solicita ejercer control excepcional a los recursos públicos, de los cuales los entes territoriales aportan aproximadamente \$1,04 billones, equivalente al 45% pertenecientes a recursos de las obras de infraestructura educativa construidas con recursos del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa y recursos de los siguientes Entes Territoriales". "(...) La solicitud tiene su fundamento, con el objetivo de hacer una revisión total e integral a todos los presupuestos destinados a la Construcción de Colegios, ante las múltiples fallas, retrasos, demoras en la construcción de estas obras en todo el país, de lo cual dan diariamente reporte los medios de comunicación". "Son 541 obras de infraestructura educativa que se adelantan en todo el país, por más de \$3,03 billones de pesos, de los cuales los Entes Territoriales aportan aproximadamente \$1,4 billones, equivalente al 45% de los recursos".

La ejecución de los recursos se encontraba distribuido para la construcción de colegios en: Amazonas, Antioquia, Arauca, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Casanare, Cauca, Cesar, Choco, Córdoba, Cundinamarca, Guainía, Huila, Guajira, Magdalena, Meta, Nariño, Quindío, Risaralda, Santander, Sucre, Tolima y Valle del Cauca.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



Se presenta el informe de auditoria a la Ministra, la Gerente del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa y a los Gobernadores y Alcaldes.

En el informe (pagina 49) se indica que el concepto sobre la auditoria arroja situaciones de incumplimientos a la normatividad aplicable en la postulación, viabilización, priorización, planeación, ejecución y entrega de los proyectos. Detectan problemas en la entrega de los predios por parte de las entidades territoriales, los cuales en criterio de la Contraloría debían contar con disponibilidad inmediata de servicios públicos básicos, necesarios para la postulación del proyecto. Se viabilizaron proyectos que carecían de condiciones técnicas, administrativas, legales y ambientales y ello afectó la ejecución generando incumplimientos por parte de los contratistas de las entidades territoriales y del Fondo, generando terminaciones anticipadas y cancelaciones de proyectos.

Por otra parte el objeto de los contratos marco era: “la elaboración de los diseños y estudios técnicos así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollen los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el PA FFIE, en desarrollo del PNIE”, sin embargo, se agrega que se incumplió el principio de oportunidad, al establecer demoras para iniciar las obras, retrasos en la ejecución, muchos se quedaron en estudios y diseños y, algunos que llegaron a la fase 2 presentaron irregularidades, aulas sin terminar, proyectos terminados de manera anticipada y/o cancelados, hechos que demuestran ineficiencia en el uso de los recursos públicos.

Y este es el resultado de la ejecución:

El PNIE, declarado como de importancia estratégica según el Conpes 3831 de 2015, estimó el déficit en 51.134 aulas escolares, siendo esta la principal barrera para implementar la estrategia de jornada única en la totalidad de establecimientos educativos oficiales del país. De éstas, 30.680 debían estar listas en 2018; no obstante, al final de la vigencia 2019, sólo se terminaron 3.300 aulas en 151 instituciones educativas, equivalentes al 10,76% de avance frente a la meta total propuesta para 2018.

De los 286 proyectos evaluados en la presente Auditoría, únicamente 2 se encontraban concluidos (construcción terminada), esto es el 0,70% del total de proyectos analizados.

A su vez, 135 proyectos fueron terminados de manera anticipada, siendo esta cantidad el 47,54% del total. Por su parte, 37 proyectos fueron cancelados (el 13,03%), significando lo anterior, proyectos viabilizados en un principio, pero no desarrollados.

...

En términos de aulas, la CGR evidenció que los 286 proyectos representaban 6.405 aulas (4.254 nuevas, 1.203 mejoradas y 948 especializadas). No obstante, este Ente de Control

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



únicamente avizó 22 aulas concluidas, esto es el 0,34% del total. Así las cosas, la ejecución de los recursos por parte del FFIE no es eficiente y se relaciona básicamente con debilidad en la planeación de los proyectos, así como en falencias en las labores de supervisión.

...

La mayor cantidad de proyectos se localizan en los departamentos del Valle del Cauca (39 en total) y Antioquia (33 en total). En esta misma línea, en estos departamentos se evidenció el mayor número de proyectos terminados de manera anticipada (34 en el Departamento del Valle del Cauca y 27 en el Departamento de Antioquia).

Y frente al proceso de selección objetiva esto concluyó: “Se evidenció concentración de proyectos en pocos contratistas. Aproximadamente el 46% de los proyectos fueron asignados a un solo contratista (Consorcio Mota- Éngil). Solo 2 contratistas acumulan más del 60% de la totalidad de los proyectos desarrollados. El Consorcio Mota-Engil, quien es el contratista con mayor número de asignaciones de proyectos, (45,99%), también es el que mayor número de atrasos presentó (el 53,05% del total de proyectos atrasados)”.

Esta contratación aún adolece de problemas como lo evidencia un derecho de petición presentado para que fuera resuelto por el Senador Rodolfo Hernández Suárez: PETICIÓN OFICIO DEL 26 DE JULIO DE 2022, oficio presentado por DIEGO ALEXANDER CHAPARRO, BERNARDO ACERO ESPITIA, FABIAN PEDROZA QUINTERO, ISRAEL SANDOVAL MANRIQUE en REPRESENTACION VICTIMAS CONTRATO 1380-37-206:

En el derecho de petición se señala que el Ministerio de Educación dirigido por el Gobierno de Juan Manuel Santos se creó un Fondo de Construcción de Infraestructura Educativa de los diferentes departamentos de Colombia con el fin de promover y/o impulsar la jornada única estudiantil, denominado FONDO DE FINANCIAMIENTO PARA LA ESTRUCTURA EDUCATIVA (FFIE), permitiendo un régimen privado para la ejecución de estos recursos.

En virtud de estas competencias se suscribió el contrato marco de obra No. 1380-37-2016 por licitación privada en el año 2016 por la suma de \$230 mil millones de pesos. El objeto era la elaboración de los diseños y estudios técnicos, así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollan los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el PA FFIE.

El contrato se lo adjudicaron a la Unión Temporal conformada entre Germán Mora Insuasti como persona natural y el Nuevo Horizonte que tiene a la misma persona como representante legal.



Sostiene en el oficio que este contrato generó una víctimas entre obreros, maestros de obra, ayudantes, celadores, restaurantes, proveedores, pequeñas, medianas y grandes empresas para la construcción de estos megacolegios. Agrega que como no tenía anticipo, el contratista decide hacer subcontratos para la ejecución del proyecto, cosa prohibida por el contrato marco. Lo anterior obligó a que las Mipymes adquirieran créditos pensando en el respaldo estatal, situación que finalmente no se dio por la negligencia de la interventoría, el FFIE y el Ministerio de Educación. La obra se pagaba por hitos cumplidos. Así que si no se cumplía con el hito no se pagaba y cuando se cumplía con el hito, de todas maneras, no se le cancelaba al subcontratista, con los problemas sociales que esto generó.

Los incumplimientos generaron denuncia penal por parte del Gobernador de Boyacá y los 25 alcaldes por el presunto delito de tentativa de estafa agravada del mes de abril de 2019, pero los funcionarios solo encubrieron al contratista.

Luego se autoriza una cesión del contrato dejando por fuera los compromisos con los subcontratistas, pero al realizarlo con el mismo modelo, siguieron los problemas sociales y el Fondo sigue cancelando los hitos sin tener en cuenta el paz y salvo de los subcontratistas.

Por otra parte, la Contraloría General de la República instauró denuncia en febrero de 2020 pero nuevamente el Ministerio y los otros funcionarios no han tomado cartas en el asunto y siguieron adelante con los pagos.

En esos términos, uno de los problemas que pudieron generar esta gestión antieconómica e ineficiente podría presentarse en el empacamiento de proyectos concentrando la adjudicación del contrato en pocos contratistas, que no pudieron ejecutar el proyecto en su dimensión y magnitud, asociado a la mala planificación del mismo como lo denunció la Contraloría General de la República.

Por otra parte, se hace necesario regular la adjudicación de puntos, la distribución de los mismos para lo correspondiente al cumplimiento de contratos anteriores.

Cordialmente,

RODOLFO HERNÁNDEZ
SENADOR

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C.
Ventanilla única de correspondencia primer piso
Conmutador: 3823000 – 3824000, Fax: 3824179

www.senado.gov.co



contratación
en línea.co

Soluciones jurídicas en línea