

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal



Julio César Cárdenas Uribe



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición impresa: 978-958-8968-08-4

ISBN edición electrónica: 978-958-8968-09-1

- © JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE, 2019
 - © Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2019
- Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, 111311, Bogotá D. C., Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula, composición y edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| PRÓLOGO | 15 |
| INTRODUCCIÓN | 17 |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| EL CONTROL FISCAL Y EL CONTROL INTERNO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ETAPA PRECONTRACTUAL | 19 |
| I. El control público en el Estado social de derecho | 19 |
| II. Tipos de control | 22 |
| A. Control penal | 23 |
| B. Control disciplinario | 25 |
| C. Control fiscal | 28 |
| D. Control Interno | 29 |
| III. Control fiscal en Colombia | 30 |
| A. Concepto de control fiscal | 30 |
| B. Atribuciones del Contralor relacionadas con el control fiscal micro | 32 |
| C. Principios y sistemas de control fiscal | 37 |
| 1. Principios que rigen el control fiscal | 37 |
| a. Control posterior y selectivo | 37 |
| b. Principios de la gestión fiscal | 39 |
| 2. Sistemas de control fiscal | 42 |
| a. Sistema de control financiero | 42 |
| b. Sistema de control de legalidad | 44 |
| c. Sistema de control de gestión | 45 |
| d. Sistema de control de gestión de resultado | 45 |
| e. Revisión de la cuenta | 46 |
| f. Evaluación de control interno | 46 |
| D. Vigilancia a la gestión fiscal a la contratación pública | 47 |

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Primera etapa: Control fiscal a la legalización del contrato | 51 |
| 2. | Segunda etapa: Control fiscal a los pagos realizados con ocasión al contrato | 52 |
| 3. | Tercera etapa: Control fiscal una vez liquidados o terminados los contratos | 53 |
| IV. | Control interno | 56 |
| A. | Fundamento constitucional | 56 |
| B. | El concepto de control interno | 57 |
| C. | Partícipes dentro del proceso de control interno | 58 |
| 1. | El representante legal | 58 |
| 2. | Jefes de las dependencias | 59 |
| 3. | Jefe de la oficina de control interno | 59 |
| 4. | El Comité de Coordinación del Sistema de Control Interno Institucional | 60 |
| D. | Principios del control interno | 61 |
| E. | Oportunidades para realizar el control interno | 64 |
| F. | Control interno a la contratación estatal | 65 |

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTROL FISCAL Y CONTROL INTERNO A LOS

ASPECTOS COMUNES DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL 67

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Criterios de auditoría sobre el control a la publicidad y a la planeación en la contratación | 68 |
| A. | Control a la publicidad de los estudios y documentos previos | 68 |
| B. | Verificación del contenido de los estudios y documentos previos | 69 |
| II. | Delegación contractual | 90 |
| III. | Aviso de convocatoria pública | 92 |
| IV. | Pliego de condiciones | 94 |
| A. | Concepto de pliego de condiciones | 94 |
| B. | Requisitos del pliego de condiciones | 95 |
| 1. | Requisitos del principio de transparencia | 95 |
| 2. | Requisitos del Decreto 1082 de 2015 | 96 |
| C. | Proyecto de pliego de condiciones | 99 |
| V. | Acto de apertura | 100 |
| A. | Contenido del acto de apertura | 101 |

Contenido

| | |
|---|-----|
| B. Revocatoria del acto de apertura del proceso | 101 |
| VI. Respuesta al pliego de condiciones | 103 |
| VII. Adendas | 105 |
| A. Aclaración al pliego de condiciones | 105 |
| B. Modificar el cronograma | 105 |
| C. Modificar asuntos no de fondo del pliego | 106 |
| VIII. Presentación de ofertas-cierre del proceso | 107 |
| IX. Evaluación e informe de evaluación | 109 |
| X. Subsanabilidad de requisitos habilitantes | 110 |
| XI. Acto de adjudicación | 113 |
| XII. Minuta del contrato | 116 |
| XIII. Suscripción del contrato | 122 |
| XIV. Verificación del cumplimiento de los requisitos de ejecución | 123 |

CAPÍTULO TERCERO

CONTROL FISCAL Y CONTROL INTERNO A

LOS DIFERENTES PROCESOS DE SELECCIÓN 125

| | |
|---|-----|
| I. Criterios de auditoría a la licitación pública | 125 |
| A. Estudio previo | 125 |
| B. Certificado de disponibilidad presupuestal | 127 |
| C. Aviso | 129 |
| D. Aviso de convocatoria | 130 |
| E. Publicación del proyecto de pliego de condiciones | 131 |
| F. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones | 131 |
| G. Acto de apertura | 132 |
| H. Publicación del pliego definitivo | 132 |
| I. Inicio del plazo para presentar ofertas y audiencia para la aclaración del pliego y la revisión y distribución definitiva de riesgos | 133 |
| J. Adendas | 136 |
| K. Cierre del proceso | 137 |
| L. Evaluación de ofertas | 140 |
| M. Plazo para subsanar | 142 |
| N. Traslado del informe de evaluación | 143 |
| O. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación | 145 |
| P. Audiencia de adjudicación | 146 |
| Q. Acto de adjudicación | 149 |

| | | |
|-----|--|-----|
| R. | Contrato, contenido y suscripción | 149 |
| S. | Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 151 |
| II. | Criterios de auditoría para el proceso de selección abreviada | 152 |
| A. | Criterios de auditoría para el proceso de selección abreviada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por medio de subasta inversa | 155 |
| 1. | Estudio previo | 156 |
| 2. | Certificado de disponibilidad presupuestal | 157 |
| 3. | Verificación de la forma como esta estructurado el proyecto de pliego de condiciones | 158 |
| 4. | Aviso de convocatoria | 159 |
| 5. | Publicación del proyecto de pliego de condiciones | 160 |
| 6. | Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones | 160 |
| 7. | Acto de apertura | 161 |
| 8. | Publicación del pliego definitivo | 161 |
| 9. | Publicación de las adendas | 162 |
| 10. | Cierre del proceso | 162 |
| 11. | Verificación de los requisitos habilitantes-subsanación de documentos-publicación del informe | 162 |
| 12. | Audiencia pública para la realización de la subasta presencial o electrónica | 164 |
| 13. | Adjudicación | 167 |
| 14. | Ajustes al proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones | 168 |
| 15. | Suscripción del contrato | 168 |
| 16. | Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 168 |
| B. | Criterios de auditoría para el proceso de selección abreviada de menor cuantía | 169 |
| 1. | Estudio previo | 170 |
| 2. | Certificado de disponibilidad presupuestal | 171 |
| 3. | Estructurar el proyecto de pliego de condiciones | 171 |
| 4. | Aviso de convocatoria | 172 |
| 5. | Publicación del proyecto de pliego de condiciones | 172 |

Contenido

| | |
|---|-----|
| 6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones | 173 |
| 7. Acto de apertura | 173 |
| 8. Publicación del pliego definitivo | 174 |
| 9. Manifestación de interés | 174 |
| 10. Sorteo | 175 |
| 11. Publicidad del listado de posibles oferentes | 176 |
| 12. Cierre del proceso | 176 |
| 13. Evaluación | 176 |
| 14. Traslado del informe de evaluación | 177 |
| 15. Acto de adjudicación | 178 |
| 16. Suscripción del contrato | 178 |
| 17. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 178 |
| III. Criterios de auditoría al proceso de selección concurso de méritos | 179 |
| A. Concurso de méritos abierto | 180 |
| 1. Estudio previo | 180 |
| 2. Certificado de disponibilidad presupuestal | 181 |
| 3. Estructuración del proyecto de pliego de condiciones | 181 |
| 4. Aviso de convocatoria | 182 |
| 5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones | 182 |
| 6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones | 183 |
| 7. Acto de apertura | 183 |
| 8. Publicación del pliego definitivo | 184 |
| 9. Cierre del proceso | 184 |
| 10. Verificación de requisitos habilitantes y evaluación de propuestas técnicas | 184 |
| 11. Traslado del informe de evaluación | 185 |
| 12. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación | 185 |
| 13. Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad | 185 |
| 14. Acto de adjudicación | 187 |
| 15. Suscripción del contrato | 187 |
| 16. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 188 |

| | | |
|-----|--|-----|
| B. | Concurso de méritos con precalificación | 188 |
| 1. | Estudio previo | 189 |
| 2. | Aviso de convocatoria para la precalificación | 189 |
| 3. | Observaciones, respuestas y ajuste al aviso de convocatoria | 190 |
| 4. | Recepción de manifestaciones de interés y documentos | 191 |
| 5. | Subsanabilidad | 191 |
| 6. | Publicación y traslado del informe de precalificación | 191 |
| 7. | Audiencia de precalificación | 191 |
| 8. | Proceso de selección de los consultores preclasificados | 192 |
| a. | Ajuste el estudio previo | 192 |
| b. | Certificado de disponibilidad presupuestal | 193 |
| c. | Proyecto de pliego de condiciones | 193 |
| d. | Aviso de convocatoria | 193 |
| e. | Publicación del proyecto de pliego de condiciones | 193 |
| f. | Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones | 193 |
| g. | Acto de apertura | 193 |
| h. | Publicación del pliego definitivo | 194 |
| i. | Cierre del proceso-presentación de las ofertas | 194 |
| j. | Evaluación de propuestas técnicas | 194 |
| k. | Elaboración del informe de evaluación | 194 |
| l. | Traslado del informe de evaluación | 194 |
| m. | Respuesta a las observaciones al informe de evaluación | 194 |
| n. | Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad | 195 |
| o. | Acto de adjudicación | 195 |
| p. | Suscripción del contrato | 195 |
| q. | Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 195 |
| IV. | Criterios de auditoría a la modalidad de selección contratación directa | 196 |
| A. | Etapas previas comunes a todos los casos de contratación directa | 198 |

Contenido

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Estudio previo | 198 |
| 2. | Certificado de disponibilidad presupuestal | 199 |
| 3. | Acto administrativo de justificación | 199 |
| 4. | Invitación a presentar propuesta | 200 |
| 5. | Cierre-entrega de propuesta | 201 |
| 6. | Evaluación de ofertas | 201 |
| 7. | Suscripción del contrato | 202 |
| 8. | Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 202 |
| 9. | Publicación en el portal de contratación | 203 |
| B. | Contratos interadministrativos | 203 |
| C. | Contratación reservada del sector defensa, dirección nacional de inteligencia y unidad nacional de protección | 209 |
| D. | Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas | 210 |
| E. | Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes | 211 |
| F. | Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales | 212 |
| G. | Adquisición de bienes inmuebles | 214 |
| H. | Arrendamiento de bienes inmuebles | 214 |
| V. | Criterios de auditoría para la modalidad de contratación de mínima cuantía | 215 |
| A. | Estudio previo | 216 |
| B. | Invitación pública | 217 |
| C. | Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública | 219 |
| D. | Cierre-presentación de ofertas | 219 |
| E. | Evaluación | 219 |
| F. | Publicación del informe de evaluación | 220 |
| G. | Comunicación de aceptación | 220 |
| H. | Suscripción del contrato | 220 |
| I. | Verificación de los requisitos de ejecución del contrato | 221 |

| | |
|---|-----|
| J. Adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía | 221 |
| 1. Estudio previo | 222 |
| 2. Invitación pública | 222 |
| 3. Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública | 222 |
| 4. Cierre-Presentación de ofertas | 222 |
| 5. Evaluación | 222 |
| 6. Publicación del informe de evaluación | 223 |
| 7. Comunicación de aceptación | 223 |
| 8. Suscripción del contrato | 223 |
| 9. Verificación de requisitos de ejecución del contrato | 223 |
| | |
| CONCLUSIONES | 225 |
| | |
| ANEXO | |
| LISTA DE CHEQUEO PARA AUDITAR LA PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL SECOP POR MODALIDAD DE SELECCIÓN | 229 |
| I. Licitación pública | 230 |
| II. Selección abreviada-subasta inversa | 230 |
| III. Selección abreviada-menor cuantía | 231 |
| IV. Concurso de méritos-abierto | 231 |
| V. Concurso de méritos-precalificación | 232 |
| VI. Contratación directa | 232 |
| VII. Contratación mínima cuantía | 233 |
| VIII. Contratación mínima cuantía-grandes superficies | 233 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 235 |
| | |
| EL AUTOR | 245 |

PRÓLOGO

El 26 de agosto de 2018, más de 11.600.000 colombianos votamos en la consulta anticorrupción. Con independencia de si frente a unos puntos y propuestas se estuvo o no de acuerdo, lo que está claro es que a los colombianos se nos rebotó la copa y en una votación histórica y sin precedentes, manifestamos nuestro deseo de apoyar e impulsar a las autoridades para que tomen medidas y actúen de manera contundente contra la corrupción que tanto daño nos hace. A los pocos días de la consulta, me posesioné como Contralor General de la República y entiendo esa votación como un mandato claro y preciso para acabar con ese mal, que según las investigaciones, en sólo el sector salud ha generado un hueco de más de ocho billones de pesos, que se han perdido por los caminos de la corrupción, mientras los colombianos padecen un nefasto y lamentable servicio de salud.

La corrupción se presenta en diferentes modalidades. La ineficiencia administrativa, la autorización de permisos sin el cumplimiento de los requisitos de ley, el irregular cambio de uso de la tierra y la ausencia de controles, entre otros. Pero sin duda, el corazón de la corrupción está en la contratación pública. En el perverso direccionamiento de la contratación para que, con sobrecostos y a costa de los recursos públicos, se paguen indebidas comisiones. Con la corrupción el Estado no adquiere los mejores bienes, obras y servicios que se encuentran en el mercado. Adquiere los peores y los más costosos, con todo lo que ello significa para la verdadera satisfacción de las necesidades ciudadanas.

Por ello el libro del abogado JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE que me permito presentar, *El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal*, se convierte en un valioso texto de obligatoria consulta para todos los que ejercemos el control fiscal, para quienes realizan el ejercicio del control interno y también para quienes

lideran la gestión contractual, para que la realicen teniendo en cuenta los parámetros de eficiencia y transparencia que con rigor los desarrolla el autor, para cada procedimiento de las diferentes modalidades de la contratación pública.

No dudo en recomendar el estudio y análisis de este libro, pues CÁRDENAS URIBE, con quien además me une una amistad desde las horas universitarias en el Externado de Colombia, tiene una amplia trayectoria académica y una sobresaliente experiencia y conocimiento en los temas de control fiscal y control interno.

CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE
Contralor General de la República

INTRODUCCIÓN

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– nos acaba de sorprender con la cifra de que somos menos los habitantes en Colombia de lo que nos imaginábamos. Somos menos frente a lo que pensábamos, pero los recursos públicos que se han invertido, con todo y las limitaciones presupuestales, si son más, proporcionalmente. La lógica indicaría que deberíamos estar mejor de lo que estamos. Pero lo que ha sucedido es que “hacer más con menos” no ha sido en propiedad la máxima de la administración pública en Colombia. La realidad es que los recursos públicos no se han invertido lo suficientemente bien. Y no se ha hecho por diferentes motivos: corrupción, desgüeño administrativo, ineficiencia administrativa, ausencia de adecuadas políticas públicas, entre otros.

La mala inversión significa pérdida de recursos y, por supuesto, el detrimento patrimonial del Estado. Si el Estado colombiano tuviera que declarar y pagar el impuesto de renta, el renglón de patrimonio en vez de aumentar cada año, vería una paulatina y preocupante disminución.

El Estado, para atender sus funciones propias de soberanía y atender los compromisos como Estado social de derecho, tiene que adquirir bienes y servicios. Y ese proceso no lo está haciendo bien.

Los procesos de adquisición de bienes y servicios –la contratación pública– presenta hoy dos grandes problemas: por un lado la mala planificación por obras inconclusas porque no eran viables, sobrecostos por diseños inadecuados, adquisiciones inútiles que se deprecian y todo porque no se hacen estudios adecuados que soporten el proceso de adquisición. Y por otro lado, exigencias en los procesos de imposible cumplimiento, los llamados pliegos “sastre” que conducen a proponentes únicos. No en vano, no quedó más remedio que establecer por ley para todas las entidades del Estado el pliego “tipo” para la contratación de obras públicas. Al concluir este libro, aún no estaba reglamentado el pliego tipo, pero de seguro será un valioso instrumento para comenzar a darle a la contratación pública el verdadero espíritu de igualdad y libre competencia.

Por ello, nos ha parecido conveniente desarrollar unos criterios que debe tener la auditoría, tanto aquella que se desarrolla a través de las oficinas de control interno, como la que realizan los organismos de control fiscal, las contralorías y la Auditoría General.

En este mismo texto se definen los alcances de las auditorías, teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. Como pretendemos aclararlo en el desarrollo del texto, las auditorías comparten métodos y son complementarias, pero una tiene como esencia el autocontrol de la administración, mientras que la otra busca el control externo de la entidad y el resarcimiento del daño fiscal. El texto pretende ser una guía útil para la revisión y el análisis de los diferentes procesos contractuales, por lo que se buscó que fuera de fácil entendimiento no sólo para abogados, sino también para personas que se desempeñen en diferentes áreas del conocimiento.

Los criterios que exponemos pretenden fortalecer las auditorías para el desarrollo de su función en materia de contratación pública, teniendo como parámetro el paso a paso de cada una de las principales modalidades de selección establecidas en el artículo 2.º de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007¹.

Lo que pretende este texto, en forma esquemática, es brindarle al auditor unas herramientas conceptuales para que su función tenga un verdadero alcance para determinar la eficiencia y eficacia de la contratación, a partir del control de legalidad de la etapa precontractual.

La auditoría de la etapa precontractual no puede realizarse como si se tratara de chequear una lista, sino bajo el criterio para determinar si la planeación y la estructuración de los procesos de contratación cumplen los principios tanto de la contratación estatal como de la función administrativa.

Al optimizar las auditorías a la contratación pública, se seguirá ante el cáncer de la corrupción y la administración pública tendrá herramientas para estructurar planes de mejoramiento que le permitan adquirir los bienes y servicios en forma eficiente y transparente, y por fin, hacer más con menos.

Algunos de los temas desarrollados en el presente trabajo de investigación, fueron ya tocados de modo más breve y a manera de documento de discusión por nosotros en nuestro libro *Criterios de auditoría en control fiscal interno a la contratación pública*².

1 *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674903>].

2 Ver Temas de Trabajo –TETRA– n.º 8, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2008, disponible en [<http://www.ilae.edu.co/web/libros-html/libro-377/index.html>].

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONTROL FISCAL Y EL CONTROL INTERNO A LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ETAPA PRECONTRACTUAL

I. EL CONTROL PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Los Estados como el nuestro, esto es, sometidos al Estado constitucional democrático y social de derecho, determinan cuáles son las funciones que deben cumplir cada una de las entidades estatales y sus servidores públicos, y a la vez, determinan cuáles son los controles que se van a instaurar para que se cumplan. Estos controles pueden ser interiores a la administración o exteriores a la misma.

Se busca controlar el poder, que el gobernante o administrador público no tenga una facultad omnímoda que no nos permita determinar si las actuaciones realizadas por ellos están dentro de la legalidad. Los controles nacen para delimitar el uso tiránico en el actuar de lo público que era utilizado en épocas anteriores.

El control en el Estado constitucional tiene su fundamento en el control del ejercicio del poder y este históricamente se ha fundado en el principio de legalidad y en la división del poder. Se busca que se garantice el ejercicio del poder subordinado a la legalidad, esto es, el sometimiento del actuar público al derecho.

La separación de poderes, hace que se dividan sus funciones y que un poder no absorba o tome al otro, el control debe buscar que no exista un abuso de los mandatarios. El fundamento del control deviene de la misma caracterización humana, en la cual el que detenta el poder no solo quiere quedarse en él, sino además, buscar la forma de abusar del mismo.

También debe buscarse que las ramas del poder o sus órganos tengan unas funciones que busquen el equilibrio del poder, con fundamento en legalidad de las actuaciones, esto es que sólo podrán actuar

con validez si las normas les han otorgado la facultad para hacerlo, que no vayan más allá de lo que les permite la norma y que cuando tengan la obligación legal de actuar, de acuerdo con sus funciones, lo hagan.

Como lo expreso el LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE, traído a colación por DIEGO YOUNES MORENO, sobre el tema de la limitación al poder estatal:

Del desarrollo de estos principios se desprende la configuración del orden jurídico como un sistema normativo total de las actuaciones del poder estatal, dirigido a impedir una actuación arbitraria, opresiva, irresistible o inmodificable que pueda afectar los derechos de los administrados, sin que estos tengan oportunidad de defensa o de restablecimiento de sus situación jurídica, lo que sería contrario a la psicología, al temperamento, al carácter y a la mentalidad burgueses, cuya preocupación primordial es la seguridad jurídica, la estabilidad o normalidad del *statu quo* consagrado en la ley.

Tales ideas y tal preocupación se traducen en la adopción de mecanismos de control sobre actividades del Estado, de distinta naturaleza y con fines específicos pero coincidentes³. (Resaltado fuera de texto).

En Colombia el poder es uno solo, pero se divide en ramas y órganos separados entre sí pero, de acuerdo al artículo 113 de la Constitución Política⁴, se colaboran de manera armónica. Esto significa que no son solo las tres ramas del poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) las que actúan, sino que también existen otro tipo de órganos autónomos e independientes como lo son la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Con este cambio lo que ocurre es de gran impacto para la sociedad y es que el control cambia su enfoque y se agranda, por lo que se requiere de muchas más limitaciones, que se vuelven en una garantía de eficacia ya que se multiplican los reguladores⁵.

3 LUIS CARLOS SÁCHICA. *Exposiciones y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Temis, 1976, p. 130. Del texto de DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho del control fiscal y del control interno*, Bogotá, Ibañez, 2015, p. 42.

4 CORTE CONSTITUCIONAL et ál. *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna remiten a esta fuente.

5 Ver HERMAN HELLER. *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 262.

De acuerdo a estas consideraciones, lo que debe controlarse es que las entidades actúen de acuerdo a las competencias asignadas, esto es, que cumplan con el principio de legalidad que les impone la Constitución.

Pero como es sabido, las entidades no actúan por sí solas, requieren de personas que expresen su voluntad, por lo que el principio de legalidad cae en forma directa sobre los funcionarios que deben expresar esa voluntad y cumplirla; no solo eso, no pueden ir más allá de lo que les dice la norma ni tampoco a abstenerse de actuar cuando la norma así lo obliga.

La Constitución Política en su artículo 6.º determina que:

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. *Los servidores públicos* lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Resaltado fuera de texto).

Cuando hablamos de responsabilidad, hablamos de control, lo que se vigila y controla es el cumplimiento del principio de legalidad por parte de los servidores públicos.

El principio de legalidad, cuando hay existencia plena de Estado de derecho, no debe ser entendido en sentido estrictamente legal, sino implica, como lo sostiene JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, en:

... una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediamente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

... para ser más exacto, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio de respeto y acatamiento al bloque de legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema del ordenamiento jurídico⁶.

Para los servidores públicos el principio de legalidad esta con claridad expresado en inciso 2.º del artículo 122 de la Constitución Política: "... Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los debe-

6 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2017, p. 189.

res que le incumben” y el inciso segundo del artículo 123 de la norma superior que expresa “... ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. Donde se observa la responsabilidad de los servidores públicos de cumplir las normas a las que esta sometido.

A lo anterior hay que sumarle que nuestra Constitución es finalista, por lo que además de las normas, debemos saber que los servidores públicos deben cumplir unos fines, como nos lo expresa el artículo 2.º de la Norma Superior:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Aunado a lo que expresamos, se debe agregar que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como lo ordena el inciso 2.º del artículo 123 de la Carta Magna, eso lo realiza la norma mirando los fines teleológicos de su actuar, sumándole también la prevalencia del interés general, como principio que nos trae el artículo 209 de la misma Constitución.

II. TIPOS DE CONTROL

En este aparte del texto, determinaremos los diferentes controles que tienen relación directa con el control fiscal tanto externo como interno. Hablamos de manera específica de este tipo de controles los cuales son los que, por observaciones de la auditoría, pueden llegar a constituirse como un hallazgo con una responsabilidad para el servidor público.

En este caso nos referimos a controles de tipo penal, disciplinario y fiscal e incluiremos el control interno que es el propio a realizar por parte de las entidades públicas.

A. Control penal

El control penal, es parte del *ius puniendi* del Estado. Al ser el único con características judiciales, los otros controles son administrativos y comprenden los controles disciplinario, correccional y contravencional.

Este control se ejerce para proteger los principales bienes jurídicos, los cuales son determinados por el Congreso de la República por medio de una ley.

Los bienes jurídicos son situaciones que la sociedad considera relevantes por su relación entre las personas con las demás personas, de las personas con su desarrollo y de las personas con la sociedad. Los ejemplos son la vida, salud, libertad, patrimonio y –para nuestro caso– puede ser la propia administración pública, todas esas actividades que realiza la administración que permiten el desarrollo de las personas y de la comunidad. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

Al respecto cabe señalar que por bien jurídico la doctrina contemporánea ha entendido aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo”²⁰ En tal sentido, el bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer; dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida⁷.

Es por eso que se recurre a él solo en última instancia, ya que debe utilizarse solo cuando los demás medios no fueron efectivos para solucionar la situación presentada, por lo que ocurre cuando todos los demás mecanismos fracasaron para darle una verdadera solución al problema (*ultima ratio*).

7 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-205 de 11 de marzo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-205-03.htm>].

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio⁸.

El legislador determina unas conductas, denominadas delitos o contravenciones y ordena que quien realice esa conducta reciba una sanción, que puede ser una pena o una medida de seguridad.

La Corte sobre el punto a sostenido que:

3.2.2 Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al *Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado...*⁹. (Resaltado fuera de texto).

El derecho penal tiene dos funciones: castigar las infracciones cometidas por los individuos (represiva) y buscar que las conductas no se repitan, esto es, previene las infracciones futuras (preventiva).

8 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>].

9 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-334 de 13 de junio de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>].

B. Control disciplinario

El control disciplinario, como parte del control sancionador administrativo, se puede definir como aquella parte del control estatal que se realiza contra los servidores públicos –aunque se encuentren retirados del servicio– y los particulares que cumplan funciones públicas¹⁰, por abusar de los derechos, incumplir con sus deberes, incurrir en las prohibiciones y violar las inhabilidades e incompatibilidades¹¹.

Es una función pública, específicamente administrativa, nacida de las relaciones especiales de sujeción determinadas por la vinculación del servidor público al Estado, situación que genera para aquél una relación de subordinación.

Es parte del *ius puniendi* del Estado¹², se justifica para el cumplimiento de los fines del mismo por parte de los servidores públicos. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C. P. arts. 1.º, 2.º, 4.º y 16)¹³.

Las normas constitucionales consagradas en los artículos 6.^º¹⁴ y 123¹⁵, determinan que las personas vinculadas al Estado por cualquiera de sus modalidades (vinculación legal o reglamentaria, contrato laboral, etc.), son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la

10 Artículo 25 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002, *Diario Oficial*, n.º 44.708, de 13 de febrero de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1667339>].

11 Artículos 33 a 41 *ibid.*

12 CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>]; y Sentencia C-504 de 4 de julio de 2007, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-504-07.htm>].

13 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2005, *cit.*

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

15 Inciso 2.º artículo 123 de la Constitución Política: “... Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

ley y los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Lo que busca el derecho disciplinario es controlar y vigilar la buena actuación de las personas vinculadas al Estado dentro de la administración pública, buscando el cumplimiento de sus deberes funcionales, esto es, el cumplimiento del principio de legalidad en sentido amplio¹⁶. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

... fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarla¹⁷.

Son normas que buscan el buen funcionamiento de la administración pública, esto se logra preservando la disciplina y el comportamiento ético de los servidores públicos y los particulares que ejerzan función pública. Como lo sostiene la Corte Constitucional:

El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables¹⁸.

16 Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 1.º de febrero de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-030-12.htm>].

17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 4 de octubre de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-417-93.htm>].

18 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2012, cit.

Por todo lo anterior, cualquier incumplimiento a sus deberes, obligaciones y prohibiciones normativas (todas las normas a las que está sometido el servidor público) para el adecuado ejercicio de la función pública acarrea una sanción disciplinaria.

Más cuando el mismo numeral 1 artículo 34 del Código Disciplinario Único¹⁹ determina que, es deber de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este Código.

Desde el punto disciplinario, los servidores públicos están sometidos a toda la normatividad y su incumplimiento puede ser investigado y sancionado por el funcionario competente, esa investigación puede iniciarse por queja tanto de un particular como de un servidor público, porque la misma entidad a través de sus mecanismos de autocontrol las observe (oficina de control interno) o por las observaciones con hallazgo disciplinario que detecte la Contraloría.

Pueden ser competentes para seguir el proceso disciplinario la misma entidad, a través de sus oficinas de control interno disciplinario, la Procuraduría General o las personerías según su competencia²⁰. Como lo observa la Corte Constitucional:

3. El control disciplinario tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado encontramos una potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administrativa de su subordinado y, en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Esta potestad

19 Ley 734 de 2002, cit.

20 Artículo 2.º Ley 734 de 2002, cit.: “Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias”.

interna, que deriva de la organización jerarquizada de la administración, se traduce, según lo señalado por esta Corporación en anterior decisión, en “una sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y se constituye en un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”²¹.

4. Al lado de esa potestad disciplinaria interna de la administración, la Constitución consagra un control disciplinario externo, conocido tradicionalmente como la potestad de súper vigilancia disciplinaria y que está atribuido a la Procuraduría General de la Nación. En efecto, el artículo 118 de la Carta señala que al Ministerio Público, del cual forma parte la Procuraduría, corresponde “la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”. Y el artículo 277 ordinal 6.º de la Carta precisa los alcances de esa potestad disciplinaria externa, cuando señala que es función del Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Esta potestad externa del Procurador es entonces, como lo señala la norma constitucional, prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario al nominador o jefe superior del mismo. Y una tal función de súper vigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme a la ley, las sanciones respectivas²².

C. Control fiscal

Como una aproximación –por cuanto el tema materia del presente libro va a ser en parte control fiscal–, podemos definir al control fiscal como la función pública dirigida a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que administran o manejan bienes del Estado, que debe basarse en la aplicación de indicadores de eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales²³.

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-229 de 25 de mayo de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-229-95.htm>].

22 Ídem.

23 Artículo 267 Constitución Política de Colombia: “El control fiscal es una función públi-

El control de la gestión fiscal ha sido entregado constitucionalmente a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, que realizarán este control de acuerdo con la Ley 42 de 26 de enero de 1993²⁴. El control fiscal tiene dos características principales: ser posterior y ser selectivo.

D. Control Interno

Como lo habíamos expresado antes, este control nace a partir de la Constitución de 1991 como una verdadera herramienta gerencial. El control interno es una función administrativa que se desarrolla al interior de las entidades públicas, no es un control externo como el que ejerce la Contraloría General de la República, que busca controlar las

ca que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. // Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. // La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. // La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. // El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. // Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo. // Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de cinco años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley. // No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes. // En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos”.

24 *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1788293>].

actividades de la entidad esto es, que se hagan de acuerdo con las normas, que se realicen análisis de eficiencia, eficacia y economía de los procesos que la entidad lleva a cabo y apoyar en forma permanente en la mejora continua de la misma.

Desde el punto de vista constitucional, el control interno esta fundamentado en los artículos 209 y 269 de la Constitución Política.

En esta parte no explicaremos más este tema, por cuanto al ser un tema principal del libro se explicará más adelante en el acápite IV con mayor amplitud.

III. CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

A. Concepto de control fiscal

El control fiscal en Colombia es realizado por un ente técnico especializado que fue creado para ese fin, que se denomina Contraloría General de la República. De acuerdo con el artículo 117 de la Constitución Política, dicha entidad al igual que el Ministerio Público, es un órgano de control, lo que lo ubica en la categoría de autónomo e independiente²⁵.

Ejercen ese control fiscal, además de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales (departamentales, distritales y municipales) con la función de vigilar la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que administren recursos públicos.

El artículo 119 de la Constitución Política expresa que la Contraloría “tiene a su cargo la *vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración*”, el cual es complementado por el inciso primero del artículo 267 del mismo instrumento jurídico que determina que “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, *la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*”.

25 Artículo 113 Constitución Política: “Son ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva, y la Judicial. // Además de los órganos que las integran existen otros, *autónomos e independientes*, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Resaltado fuera de texto

De acuerdo a estas dos normas constitucionales, se puede observar cuál es la principal función de este ente de control, como lo es la realización de las auditorías para evaluar cómo está el manejo de los recursos públicos por parte de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dentro de la evaluación que se hace en la auditoría esta incluido el control de resultados de la administración²⁶.

El artículo 4.º de la Ley 42 de 1993 ya citada señala:

El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Según lo anterior, esta función pública de vigilancia, que se realiza a través de auditorías, buscan evaluar la gestión de los recursos públicos de los sujetos vigilados antes enunciados. El artículo 119 de la Constitución Política separa lo que es la vigilancia de la gestión fiscal del control de resultados y esto se debe al cambio de función de la Contraloría a partir de la Constitución Política de 1991, donde ya no iba a hacer solo el control numérico legal, sino que de ahora en adelante se debería evaluar la eficiencia y la eficacia de la administración pública en el manejo de los recursos públicos. Pero las dos actividades de hecho se realizan en una misma proceso que se llama auditoría. A estas actividades de control a la gestión se les denomina el control fiscal micro.

De acuerdo a lo enunciado antes, el control fiscal es una función pública ejercida por un órgano autónomo e independiente denominado Contraloría, que evalúa la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen recursos públicos.

26 Artículo 13 de la Ley 42 de 1993, cit.: "El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado".

B. Atribuciones del Contralor relacionadas con el control fiscal micro

Hemos definido, de acuerdo con la Constitución Política y la ley, cuál es el concepto de control fiscal. En él observamos que la definición de control fiscal esta enfocada a la vigilancia a la gestión pública, pero no es la única atribución o facultad que tiene el Contralor por ejemplo, también tiene el control fiscal macro que es el examen a las finanzas del Estado, establecer responsabilidades que se deriven de la gestión fiscal, informe del estado de los recursos renovables, entre otros²⁷.

Para nuestro análisis vamos a revisar las atribuciones del Contralor que tienen relación directa con nuestro tema de estudio, esto es, el control y la vigilancia a la planeación en la contratación estatal. Hay que

27 Artículo 268 de la Constitución Política: "El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: // 1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse. // 2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado. // 3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales. // 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación. // 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. // 6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado. // 7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente. // 8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. // 9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General. // 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho. // 11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley. // 12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial. // 13. Las demás que señale la ley. // Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General".

recordar que, de acuerdo con el artículo 272 de la Constitución Política, esas atribuciones se aplican a los contralores territoriales.

Las atribuciones que vamos a analizar son las que a continuación desarrollamos.

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

Con relación a la función atribuida por el numeral 1 del artículo 267 de la Constitución Política a la Contraloría²⁸, que consiste en prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, lo que se le atribuye al Contralor es la facultad para que de forma organizada los sujetos de control fiscal presenten la información solicitada con doble finalidad: que sea útil para la vigilancia de la gestión fiscal y que los sujetos que tienen que presentarla puedan realizarla de forma fácil y estructurada.

El artículo 15 de la Ley 42 de 1993 define cuenta como “el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario”.

La rendición de la cuenta, según el artículo 14 de la Ley 42 de 1993, es:

... el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

De acuerdo a estas normas, la rendición para los sujetos de control será la de enviar a la Contraloría un informe por medios electrónicos con toda la información de las actuaciones realizadas en un período de tiempo. Esta atribución es para todos los entes de control, de todos los niveles, que de acuerdo con sus necesidades y experiencia la estructurarán para el mejor cumplimiento de sus funciones.

28 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-490 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-490-96.htm>].

Con relación a indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse, tiene su fundamento constitucional en las nuevas atribuciones que se le dan al Contralor para ampliar la función, que era tan solo relacionada con el simple control numérico legal de las actuaciones.

Ahora, con esta nueva visión del control fiscal en la que incluye el control de gestión, el Contralor debe indicar cuáles son los criterios con los cuales va a evaluar esa gestión. Como la actuación la realiza el Contralor, formalmente desarrolla este artículo por medio de resoluciones orgánicas. Hoy la Contraloría cuenta con la Resolución Orgánica 7350 de 29 de noviembre de 2013²⁹.

Esta resolución define lo que es la cuenta, qué es rendirla, la forma de hacerlo, el lugar de presentación, el período, su contenido, el plan de mejoramiento, los informes a presentar, revisiones y fenecimientos, entre otras cosas.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

Esta obligación de revisar y fenecer las cuentas se encuentra en el numeral 2 del artículo 268 de la Constitución Política. Esta es una función que ejerce cada contraloría con el fin de revisar y otorgar una certificación que expresa, después de realizado el proceso auditor, si el sujeto de control ha cumplido con todas sus obligaciones de acuerdo con la finalidad para la cual ha sido creado y si lo realizó de acuerdo con los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales.

El control de la cuenta para su fenecimiento, como lo hemos expresado antes, no es exclusivamente sobre un control numérico legal, sino que debe incluir todos los demás controles como son los de gestión, resultado, legalidad y financiero³⁰.

29 *Diario Oficial*, n.º 48.993, de 3 de diciembre de 2013, disponible en [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_contraloria_7350_2013.htm].

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-364 de 2 de abril de 2001, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-364-01.htm>].

Para determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado las entidades, debe efectuarse un análisis técnico por parte de las contralorías. Debe incluir aspectos tales como el análisis de los planes, proyectos, contratos, procesos y actuaciones y, con base en el presupuesto asignado, revisar la forma en que fueron utilizados y el impacto obtenido. En caso que, revisada la cuenta y el resultado sea adverso, esto es no se fenece la cuenta, el ente de control debe realizar un análisis posterior para determinar si existe un daño al patrimonio público o violaciones a normas disciplinarias y penales.

Cuando ocurra esa circunstancia, en el caso de encontrarnos ante daños patrimoniales, se deberá iniciar proceso de responsabilidad fiscal; si nos encontramos al frente de normas disciplinarias o penales hay que dar traslado a los organismos de control competentes.

3. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

Esta atribución de poder exigir informes sobre la gestión fiscal a todos los funcionarios del Estado y a quien administre recursos públicos, la encontramos en el numeral 4 del artículo 267 de la Carta Superior. Esta es una atribución que viene a ser un complemento necesario para el ejercicio de las funciones que tiene la Contraloría General (esta si es sólo del Contralor General).

Con esta competencia, el máximo vigilante de la gestión fiscal en Colombia puede solicitar informes no solo a los empleados del nivel nacional, sino que además a los servidores públicos de las entidades territoriales (gubernaciones, alcaldías y distritos) a pesar de la existencia de entes de control fiscal territorial que los vigila. Lo que se busca con esta norma es que el Contralor General pueda contar con la información necesaria para el cabal cumplimiento de sus funciones³¹.

4. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

31 IVÁN DUQUE ESCOBAR. *Control fiscal*, Bogotá, Impresa Editores, 1980, p. 50.

El numeral 6 del artículo 268 de la Constitución Política, determina la evaluación que debe realizar el Contralor General de la República y los demás entes de control fiscal a las oficinas de control fiscal interno.

Esta función de control nace correlativa con la eliminación del control previo que tenía la Contraloría General a sus sujetos de control, que fue ineficaz, insuficiente y llevaba en muchos casos a la corrupción. Se sostuvo en la Asamblea Constituyente que ese control previo no permitía la eficiencia administrativa por cuanto co-administraba y llevaba a mucho poder por parte del ente de control en la decisiones:

... el control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta co-administración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas³².

Recae sobre el Contralor General de la República la función de reglamentar los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 42 de 1993.

Esta evaluación consiste en la realización de un análisis de los sistemas de control interno para determinar si las acciones realizadas a través de estos mecanismos son un real valor para la mejora continua de la entidades públicas, como también la búsqueda de prevención de situaciones que puedan llevar a un daño a la entidad estatal. Se busca fomentar la cultura del autocontrol y con esta evaluación se busca fortalecer esta práctica de la administración moderna.

En este proceso se mide el grado de confianza que la oficina de control interno puede dar al ente fiscal, para que de forma complementaria se puedan proteger de mejor manera los recursos públicos.

32 Informe de Ponencia presentado por ÁLVARO CALA HEDERICH, JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO, HELENA HERRÁN DE MONTOYA, MARIANO OSPINA HERNÁNDEZ, GERMÁN ROJAS y CARLOS RODADO NORIEGA. *Gaceta Constitucional*, n.º 53, jueves 18 de abril de 1991, p. 19, disponible en [<http://babel.banrepcultural.org/cdm/compoundobject/collection/p17054coll26/id/3850/show/3804/rec/4>], reiterado en el Informe de Ponencia para Primer Debate, presentado por los anteriores y publicado en la *Gaceta Constitucional*, n.º 77, lunes 20 de mayo de 1991, p. 2, disponible en [<http://babel.banrepcultural.org/cdm/compoundobject/collection/p17054coll26/id/3850/show/3781/rec/1>].

C. Principios y sistemas de control fiscal

La vigilancia de la gestión fiscal está regida por unos principios que tienen como fundamento la propia Constitución Política de Colombia que le permite, con base en ellos, tomar las decisiones necesarias para el cabal desempeño de sus funciones y siendo el principal de ellos la protección al patrimonio público. Los sistemas de control son las formas mediante las cuales se ejerce el control fiscal, como lo son el control de legalidad, el financiero, de gestión, de resultados, etc.

1. Principios que rigen el control fiscal

Para el desarrollo del presente numeral, primero vamos a revisar dos principios que nos trae la Constitución Política con relación a cómo debe ser realizado el control fiscal y a título seguido continuaremos con los propios de gestión fiscal³³.

a. Control posterior y selectivo

Que el control fiscal sea posterior, implica que el ente de control entra a realizar su proceso de vigilancia después de terminadas las actuaciones. El artículo 5.º de la Ley 42 de 1993 concordado con el artículo 267 de la Constitución Política, determina que: “se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos...”.

Este control buscó solucionar un problema relacionado con la intervención del ente de control de forma previa a las actuaciones de la Administración “debido a los *efectos negativos* que reportaban las actuaciones de los órganos de control en la administración nacional y en las entidades territoriales”³⁴. (El resaltado es nuestro).

33 Realizado con fundamento en el artículo de JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. “El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991”, en *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. IX, n.º 17, enero-junio de 2018, disponible en [http://www.ilae.edu.co/llae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/issue/view/vol.%20IX-n.17].

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 13 de agosto de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm>].

En palabras de la Corte:

... En el sistema anterior eran frecuentes las críticas al *carácter previo y perceptivo del control fiscal*, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción³⁵. Resaltado fuera de texto.

Lo que realiza el control posterior es un análisis de las entidades estatales desde la perspectiva legal, financiera, contable, de gestión y de resultado después de concluidas las actividades operacionales realizadas por ellos. Que el control fiscal sea selectivo, implica que se realicen muestras a las entidades estatales que sean lo suficientemente representativas de las actividades que realicen y que ello permita tener conclusiones sobre la totalidad de la gestión.

El artículo 5.º de la Ley 42 de 1993 determinó que:

... Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

Por control selectivo se entiende la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, *lo que equivale a manifestar que no se ejercerá control posterior sobre todas las actuaciones de la administración sino que se hará sobre un muestreo que a la postre determinará el resultado de la evaluación fiscal correspondiente*. El ejercicio de este control posterior supone el control financiero, de legalidad, de gestión de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno como lo expresa el artículo 9o. de la ley mencionada. El control que ejerce la Contraloría es externo, viene de una entidad distinta, va encaminado a establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación³⁶. (Resaltado fuera de texto).

35 Ídem.

36 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-068 de 25 de febrero de 1993, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-068-93.htm>].

b. Principios de la gestión fiscal

En el artículo 267 de la Constitución Política, encontramos los principios propios de la gestión fiscal, los cuales son: eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales³⁷ y además se incluyó uno en el artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 que es el de la eficacia³⁸.

Se tienen que observar estos principios sobre gestión fiscal, ya que como se observó de la misma Constitución, el control fiscal se realizará conforme a procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley³⁹. Con estos principios que deben llenar de contenido las actuaciones de los entes de control por medio del cual se busca proteger el patrimonio del Estado

– Principio de eficiencia

Definido por la propia Ley 42 de 1993 en su artículo 8.º como aquel que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

Este principio busca determinar el uso de los recursos por parte de la administración y que estos se hayan utilizado de la mejor manera posible. No estamos determinando un impacto por medio del presente principio, cumplimiento o no de un objetivo o una meta, lo que buscamos es revisar que los tiempos, bienes y servicios que se utilizaron en una actuación de la administración, en un momento determinado, fue el que mejor resultados pudo dar.

La eficiencia dependerá de muchos factores para su determinación, para eso se debe realizar un proceso comparativo con otros sujetos de su mismo espectro para observar en que medida vienen siendo eficien-

37 Artículo 267 Constitución Política. "... La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la *eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...". Resaltado fuera de texto.

38 Artículo 8.º de la Ley 42 de 1993, cit.: "La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales".

39 Artículo 267 Superior.

tes. Esto dependerá de modernización, calificación del personal, procesos, entre otros. El concepto de eficiencia desde este punto de vista se vuelve relativo, se es mejor o peor con algo o alguien⁴⁰.

Ineficiente será una obra que se culmine, pero que se tenía que realizar en seis meses y por mala utilización de los recursos se demora el doble o cuesta el doble.

– *Principio de eficacia*

Definido en el artículo 8.º de la Ley 42 de 1993, expresa que el principio de eficacia para la vigilancia de la gestión fiscal permite determinar que en la administración, en un período determinado, sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

De acuerdo a la definición, este es diferente al principio de eficiencia, se busca el resultado, ambos deben lograrse de forma oportuna, como guarda relación con objetivos y metas, debemos saber cuáles son esos objetivos y metas que debemos cumplir. El referente puede ser el plan nacional de desarrollo, los planes de acción y de ahí para abajo los proyectos y los contratos. Es el logro del resultado, el producto que *satisface las necesidades, deseos y demandas del cliente*⁴¹. Será ineficaz una obra que no se culmine o también un proyecto que buscaba disminuir el desempleo, se invierten recursos y el desempleo aumentó.

– *Principio de economía*

El artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 expresa que el principio de economía consiste en que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo. Este es un proceso matemático de revisión de las condiciones en las cuales se obtienen los recursos en la ejecución de un proyecto o un contrato. El ente de control realiza un estudio de precios y con base en eso debe dar una valoración a ese análisis.

40 GERARDO DOMÍNGUEZ GIRALDO y LINA MARÍA HIGUITA RIVERA. *El nuevo control fiscal*, Bogotá, Dike, 2002, p. 126.

41 Ídem.

Como es obvio, este va relacionado con el principio de eficiencia, ya que hay que determinar que con esos bienes a esos precios se obtuvo el mejor resultado posible, esto significa que la igualdad de condiciones se determina en un momento, en un lugar y en cada proyecto observado. Este es el principio que se utiliza en los análisis de obras o proyectos con sobrecostos en materiales, mano de obra, *software*, etc.

Este principio no significa que porque se consiguió más costoso no fue económico, ya que si el proveedor lo consigue más rápido obteniendo un beneficio real a la comunidad o a la administración, no se estaría violando el principio.

- Principio de equidad

El artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 determina que el principio de equidad es aquel que en su actuar permite identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales. Aquí estamos en la órbita del Estado social de derecho, lo que busca este principio es observar si la administración pública en su actuar, esto es en la distribución de los recursos públicos, fue benéfico para el conjunto de la sociedad.

Es uno de los principios menos desarrollados dentro de la ciencia del control fiscal, no ha sido claro determinar cuándo una actuación de una entidad estatal es inequitativa, los recursos públicos son limitados y las inversiones se realizan de acuerdo a las prioridades y los planes que el gobernante expresa desde que inicia su Gobierno, son políticas públicas, por lo que determinar si el actuar estuvo o no acorde con la distribución de acuerdo a las necesidades de la población, puede tener una raigambre subjetiva, cosa que es aún mucho más compleja de determinar en si eso puede o no generar un daño al patrimonio del Estado.

Hay que medir el impacto que generó en la sociedad una actuación estatal y compararlas con otras que pudo realizar con esos recursos pero no se tomó la decisión de hacerlas. Ese puede ser un parámetro para determinarla pero hay que generar la forma de medirlas de forma objetiva.

– Principio de valoración de costos ambientales

De acuerdo al artículo 8.º de la Ley 42 de 1993, el principio de valoración de costos ambientales busca cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

Este principio lo que hace es analizar si los servidores públicos al realizar actuaciones que van a tener un impacto ambiental observaron y cumplieron todas las normas y requisitos necesarios para que el daño que se le produjera al medio ambiente fuera el mínimo de acuerdo con la normatividad vigente. Siempre en el actuar de las entidades que realizan actividades que impactan en el medio ambiente y por lo tanto, siempre deben tomar medidas para protegerlo y preservarlo.

2. Sistemas de control fiscal

Las formas mediante las cuales se realiza el control fiscal, es por medio de lo que se ha denominado sistemas de control, estos sistemas tienen un enfoque más amplio desde que se modificó la Constitución en 1991, en él se instauró un control integral a la gestión de la administración pública. El control –como lo hemos observado antes– es posterior y selectivo y se aplica a todas las actividades que desarrollen los sujetos de control del ente fiscal.

Los sistemas de control son: a. El control financiero; b. De legalidad; c. De gestión; d. De resultados; e. La revisión de cuentas; y f. La evaluación de control interno. Además de estos controles, pueden incluirse sistemas que impliquen una mayor tecnología, estos serán adoptados mediante resolución por el Contralor General.

a. Sistema de control financiero

De acuerdo con el artículo 10.º de la Ley 42 de 1993, es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y

los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

Se busca realizar un control a la contabilidad de la entidad, al informar que se realiza de acuerdo a los procesos de las autoridades competentes, los principios de contabilidad y lo prescrito por el Contador General. Hay que resaltar que las observaciones y los conceptos que dicte el Contador General de la Nación son obligatorias para todos los entes del Estado. Como lo expreso la Corte Constitucional:

... uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, [y] elaborar el balance general [...] funciones todas, que dadas sus características, entrañan con carácter esencial, la posibilidad de ejercer poder de mando e imposición sobre las entidades publicas supeditadas para esos efectos a la institución del Contador, independientemente del nivel al que pertenezcan.

En esa perspectiva, las decisiones que en materia contable adopte la Contaduría de conformidad con la ley, *son obligatorias para las entidades del Estado*, y lo son porque ellas hacen parte de un complejo proceso en el que el ejercicio individual de cada una de ellas irradia en el ejercicio general, afectando de manera sustancial los “productos finales”, entre ellos el balance general, los cuales son definitivos para el manejo de las finanzas del Estado. (Resaltado fuera de texto).

Con base en este estudio sobre el estado financiero se puede determinar contablemente si los programas y proyectos se ejecutaron acorde con el presupuesto y en debida forma. La opinión de los estados contables puede ser sin salvedades, con salvedades, negativo o con abstención. Los estados contables básicos son: balance general; estado de la actividad financiera, económica, social y ambiental; estado de cambio de patrimonio; y el estado de flujo de efectivo. Todos estos aspectos están regulados en las Guías de Auditoría de la Contraloría General de la República⁴².

42 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República*, Bogotá, CGR, junio de 2017, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/694671/Principios%2C+fundamentos+y+aspectos+generales+para+las+auditor%C3%ADas+en+la+Contralor%C3%ADa+General+de+la+Rep%C3%BAblica.pdf/9f024725-6bb2-4307-b89f-94440b439802>].

b. Sistema de control de legalidad

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 42 de 1993, es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables. Este es un control que se aplica a todas las actuaciones dentro del proceso auditor, el auditor debe revisar si los actos, los contratos, las actuaciones están de acuerdo con la Constitución, la ley, los decretos o normas a las que está sometido. Este es un principio que esta ligado con el artículo 6.º de la Constitución Política, el cual determina que:

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

Este es el principio de legalidad que implica que los servidores públicos no solo tienen que cumplir la Constitución y la ley, sino además serán responsables en caso que, teniendo el deber de actuar, no lo realicen o cuando en el ejercicio de su función se vayan más allá de lo que la norma les permite. Esto significa que el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permite y nada más. Cualquier actuación que un auditor observe en la cual se infrinja una norma, no actuar teniendo el deber a hacerlo puede llevarlo a incurrir en una violación a normas de derecho administrativo sancionatorio o resarcitorio.

Si el auditor observa violación por parte del servidor público, deberá determinar cuál es el impacto dentro del ordenamiento jurídico de esa violación. De eso dependerá que determine si el hallazgo que se incluya en el informe de auditoría sea penal, fiscal o disciplinario.

El efecto del control de legalidad, como lo determina la Ley 1474 de 12 de julio 2011⁴³, se observa

Cuando en ejercicio del control de legalidad la Contraloría advierta el quebrantamiento del *principio de legalidad*, promoverá en forma inmediata las acciones constitucionales y legales pertinentes y solicitará de las autoridades administrativas y judiciales competentes las medidas cautelares necesarias

43 *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1681594>].

para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes.

c. Sistema de control de gestión

De acuerdo al artículo 12 de la Ley 42 de 1993, el sistema de control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y el desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Por medio de este sistema de control, se observa si la administración esta cumpliendo con sus objetivos y de qué forma lo hace. No solo se revisa si se esta cumpliendo la meta final, esto es, que cumplió con el cometido por el cual se estructuró el proyecto o la meta, sino además si se utilizaron los bienes y servicios de la mejor manera posible, si se maximizó el resultado. Lo que se observa con este control es, dentro de la evaluación del auditor, si se cumplió el objetivo y si ese objetivo se realizó con la mejor forma de utilización de los bienes y servicios.

Esto se mide por medio de indicadores de gestión, en los cuales se observa el avance, la ejecución de recursos, el cumplimiento de la meta. Todo esto tiene relación directa con el principio de planeación, ya que esto se organiza desde el momento en que se estructura el proyecto, con base en eso, se crean los indicadores. En caso que se observen desviaciones se debe entrar a corregirlas.

d. Sistema de control de gestión de resultado

Este tiene su fundamento en el artículo 119 de la Constitución Política y fue definido por el artículo 13 de la Ley 42 de 1993, el cual indica que el control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Este fue uno de los principales cambios de concepción que tenía el control fiscal en Colombia, ya que a partir de aquí el control se torna integral, con este cambio, los entes de control por medio de sus audi-

tores evalúan a las entidades públicas en el cumplimiento de sus objetivos, planes y proyectos. Este es una función muy amplia que permite revisar desde el cumplimiento de sus acciones administrativas como misionales y observar también en ellas si se cumple o no con el principio de equidad que nos trae el artículo 267 de la Constitución Política.

Con esta visión no se van a revisar de manera puntual los procesos, actos o contratos, sino que mas bien se busca observar sus resultados y su impacto. Se debe analizar si con la ejecución del presupuesto la entidad logro cumplir con los fines para los cuales fue creada, cumplió o no con los fines del Estado y con las obligaciones que el plan de desarrollo y su plan de acción incorporó.

e. Revisión de la cuenta

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 42 de 1993, es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones. Este artículo es desarrollo del numeral 2 del artículo 268 de la Constitución Política ya explicado en el presente texto. Con este sistema de control se hace un análisis técnico de los documentos que soportan las operaciones de los sujetos de control de los entes fiscales y si están de acuerdo o no con los diferentes aspectos presupuestales, técnicos, jurídicos y contables.

La cuenta, como lo informamos antes, es la información que los sujetos de control envían periódicamente a la Contraloría, acompañada de la información necesaria para corroborar la actuación realizada y evaluarla conforme a los principios de la gestión fiscal. Esta información es de obligatorio envío por todos los sujetos de control, pues no es selectiva y es obligación del ente de control revisarla y dar su concepto con relación a ella.

f. Evaluación de control interno

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 42 de 1994, La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mis-

mos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

Este acápite ha sido desarrollado con anterioridad en las facultades de control micro que tiene el Contralor General de la República.

D. Vigilancia a la gestión fiscal a la contratación pública

Como lo hemos determinado en el desarrollo del presente texto, el control fiscal que ejerce la Contraloría General, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República es posterior y selectivo. La función que ejercen los entes de control no es sobre la actividad interna que desarrollan las entidades públicas, los entes de control fiscal no ejercen funciones administrativas distintas a las inherentes de su propia administración, esto significa que es la misma Constitución Política la que les prohíbe co-administrar.

Como lo sostuvo la Corte Constitucional⁴⁴:

Para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente *fue evitar ante todo la co-administración por los órganos de control*, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la “vigilancia de la gestión fiscal” sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de “administrativos”, se aclara el sentido de esa precisión. (Resaltado fuera de texto).

El ámbito de aplicación del control fiscal va más allá de lo que esta determinado a las entidades sometidas el estatuto contractual (leyes

44 Sentencia C-189 de 6 mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

80 de 28 de octubre de 1993⁴⁵, 1150 de 16 de julio de 2007⁴⁶, 1474 de 2011 ya citada y el Dcto. 1082 de 26 de mayo de 2015⁴⁷), ya que existen entidades que son públicas pero no están sometidas al estatuto contractual, sino que se someten al derecho privado pero teniendo que aplicar los principios de la función administrativa y los de gestión fiscal⁴⁸ y también los particulares que contratan con recursos públicos.

Para efectos del presente estudio, solo vamos a referirnos a las entidades públicas sometidas al Estatuto Contractual. Dicho Estatuto determinó la forma en que se realizaría el control fiscal a la contratación estatal. El artículo 65 de la Ley 80 de 1993 expresa que:

De la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de control interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

45 *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>].

46 *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674903>].

47 *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019920>].

48 Artículo 13 Ley 1150 de 2007, cit.: “principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, *los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política*, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”. (Resaltado fuera del texto).

De acuerdo a lo prescrito en la norma, esta del todo claro en qué momentos es que puede entrar el ente de control a ejercer el control fiscal a los recursos públicos. Será siempre posterior, como lo sostuvo la Corte Constitucional:

En ese orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

Así pues, en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones⁴⁹.

Y lo tiene dividido en tres etapas: la primera de ellas, 1. Cuando se agoten los trámites administrativos para legalizar los contratos; 2. Con cada pago que se realice en cumplimiento del contrato para observar su ajuste a la legalidad; y 3. Una vez liquidados o terminados los contratos. Tenemos que recordar que la Contraloría actúa de forma posterior, como lo sostuvo la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 65 de la Ley 80 de 1993:

... el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. Una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer

49 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 24 de febrero de 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-113-99.htm>].

control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato; y 2. Una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales⁵⁰.

Pero que sea posterior no significa que no pueda actuar dentro de la etapa de ejecución del contrato, ya que lo hace al momento en que la administración ya terminó una de sus etapas, la cual es la legalización del contrato, y desde allí *inicia la competencia de la Contraloría* para actuar en los procesos contractuales:

Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, *bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato*, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación⁵¹.

Lo que puede complementarse con lo sostenido en la Corporación⁵²:

... En síntesis: El control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución y después de su liquidación o terminación⁵³. (Resaltado fuera de texto).

Es por lo que queda del todo claro que los entes de control fiscal no pueden intervenir en la etapa precontractual de los procesos realizados por las entidades públicas, el inciso 2.º del artículo 267 de la Constitución Política y el mismo artículo 65 de la Ley 80 de 1993 lo dejan claro, en primera medida porque no sería posterior.

Es por esa circunstancia que se eliminó lo que se denominaba la función de advertencia, que era una función que realizaban las contra-

50 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-623 de 25 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-623-99.htm>].

51 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 2002, cit.

52 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 de 1999, cit.

53 Ídem.

lorías sobre los sujetos vigilados para advertirles sobre posibles actuaciones de la entidad que podían llevar a un detrimento patrimonial, pero la Corte Constitucional determinó que esa función era ilegal por cuanto era un control previo y además, el ente de control estaba co-administrando:

Los argumentos hasta aquí expuestos permiten concluir que, por instaurar una modalidad de control fiscal previo, con un efectivo potencial para incidir en las decisiones administrativas atinentes al manejo de recursos públicos, la función de advertencia no se ajusta a dos de los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio legítimo del control fiscal externo que se encomienda a la Procuraduría, a saber, su carácter posterior y la prohibición de coadministración. En consecuencia, la norma que establece dicha función es inconstitucional por infringir el artículo 267 Superior⁵⁴.

Los entes de control fiscal no tienen control previo por orden constitucional, pero no significa que haya desaparecido ese control previo ya que por el contrario, ese control pasó a las oficinas de control interno.

1. Primera etapa: Control fiscal a la legalización del contrato

La vigilancia de la gestión fiscal a los contratos que celebre la administración pública comienza con posterioridad a que se hayan realizado los trámites de legalización del contrato estatal. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se determina en qué momento existe el contrato estatal:

Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.

Esto significa que, al momento en que es perfeccionado el contrato, esto es, en que nace a la vida jurídica, inicia el control posterior realizado por las entidades de control fiscal. Existía la discusión sobre si era necesario el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para la existencia del contrato, pero esa discusión quedó definida para determinar que ese certificado es un requisito para la ejecución del contrato y no un requisito de existencia del mismo. El Consejo de Estado expresó:

54 Ídem.

La exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en forma previa a la celebración del contrato, *pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.*

De tal forma, la falta de disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal⁵⁵.

De acuerdo a lo anterior, para que exista contrato estatal se requiere del acuerdo de voluntades entre las partes y que sea elevado por escrito, ahora para que se legalice el contrato se requiere de: a. La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; b. La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras; y c. La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

El tipo de control que se ejerce se ejerce en esta etapa contractual será el de legalidad, y se va a observar que toda la etapa de planeación sea realizada de acuerdo a cómo esta determinado en las normas, principalmente las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015, todos ya citados.

2. Segunda etapa: Control fiscal a los pagos realizados con ocasión al contrato

En la etapa del proceso contractual tiene relación directa con lo estipulado en el contrato, dentro de las estipulaciones contractuales se determina de qué forma se van a realizar los pagos a los contratistas del Estado y de esa forma es que el ente de control, haciendo un análisis

55 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, CC. PP.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA y HERNÁN ANDRADE RINCÓN, disponible en [https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2014/CE%20SIII%20E%2028625%20DE%202014//CE%20SIII%20E%2028625%20DE%202014_ORIGINAL.doc].

entre el cumplimiento de esas obligaciones y la forma de pago, determina la legalidad del mismo.

Si dentro de las obligaciones contractuales se determina el pago –por ejemplo, al avance de una obra–, el ente de control revisará el cumplimiento de ese avance, el cumplimiento de las funciones por parte del interventor y del supervisor y los aspectos presupuestales del pago. Todo desde el punto de vista del *control de legalidad de las actuaciones administrativas*.

Con relación a los aspectos presupuestales de los pagos, el artículo 113 el Decreto 111 de 15 de enero de 1996⁵⁶ expresó:

Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los *requisitos legales*. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición. Resaltado fuera de texto.

Como lo determina la norma, el control que se ejerce para estas dos primeras etapas donde se ejerce el control fiscal es de legalidad.

3. Tercera etapa: Control fiscal una vez liquidados o terminados los contratos

La tercera etapa en la cual interviene el órgano de control fiscal a la contratación estatal es una vez liquidados o terminados los contratos. En esta etapa ya no solo se realiza un control de legalidad, sino que además adquiere competencia el ente de control para realizar un control integral sobre la ejecución del contrato.

Además de revisar el cumplimiento de normas por parte de la administración, se realiza también un control financiero, de control y de resultados y esto ocurre una vez realizada la liquidación o terminado el contrato.

No todos los contratos tienen etapa de liquidación, ya que como lo dice el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, serán “aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requie-

56 *Diario Oficial*, n.º 42.692, de 18 de enero de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1024830>].

ran” y el mismo artículo nos informa que no es obligatoria en “los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

Por lo que solo en aquellos contratos en los que se incluya la etapa de liquidación, el control fiscal de los demás sistemas de control iniciará desde este momento, mas en los contratos donde no se incluya la liquidación, la competencia para ejercer control fiscal de los sistemas de control que faltan iniciará al momento en que se terminen.

Los contratos se deben liquidar conforme con lo regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que determinó:

Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Por lo que las entidades pueden fijar en sus contratos el plazo de liquidación de los mismos y si no lo hacen, la ley se los fija. En caso de no fijar el plazo, la entidad tiene cuatro meses después de terminado el contrato para liquidarlo de mutuo acuerdo. En caso de no llegar a un acuerdo o el contratista no se presente a la liquidación, existirá un plazo de dos meses más que le da competencia a la entidad estatal para liquidarlo en forma unilateral. Pasado ese plazo, se tienen dos años para hacer la liquidación unilateral o bilateral.

Por lo que en términos reales se podría contar hasta con 30 meses para liquidar el contrato estatal. Lo que para el ejercicio del control fiscal puede ser un plazo muy extenso, la Corte Constitucional deter-

minó que el legislador había considerado que el control posterior a la contratación estatal en el ámbito de la liquidación era pertinente, por lo que con esta figura se garantizaría la eficiencia y la eficacia del control fiscal.

La Corte considera que el control fiscal, como todos los demás controles establecidos en la Constitución y la ley, debe ejercerse en forma oportuna, es decir, dentro de plazos prudentes y razonables, para que sea eficaz. La oportunidad está íntimamente ligada con el principio de eficacia, consagrado, entre otras disposiciones, en el artículo 2.º del Estatuto Supremo como fin esencial del Estado, en los artículos 209 y 343 como objetivo primordial de la función administrativa y de la función pública en general, y en el artículo 268-2 como criterio que gobierna el control fiscal; y con el de eficiencia, que rige no sólo la función administrativa, en la que están incluidos los órganos de control, sino que también es principio rector de la gestión pública y del control fiscal (arts. 209, 268-6 C. P.).

El control fiscal posterior no es *per se* inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución este debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley.

Si el control fiscal se rige por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, entre otros, mal podría argüirse que éstos se respetan cuando las autoridades respectivas lo ejecutan en forma extemporánea. La oportunidad es entonces, un elemento consustancial de la actividad misma de control que el constituyente le ha atribuido a las contralorías.

No se olvide que la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. Por estas razones, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, célere y eficiente pues allí están comprometidos intereses generales.

Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la Ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se evalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. Dicha disposición tampoco desconoce los principios de eficacia y eficiencia ni constituye impedimento para que las contralorías inicien los juicios de

responsabilidad fiscal y cumplan con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 268-8 y 272 C. P.)⁵⁷.

Como se observa con claridad, los controles a la contratación estatal realizada por las contralorías y la auditoría inicia desde el momento mismo de la legalización de los contratos, continúa con cada pago que se le realice al contratista para revisar la legalidad del mismo y luego se realiza un control integral a la contratación una vez liquidado o terminado el contrato según sea el caso.

IV. CONTROL INTERNO

Como lo habíamos informado con anterioridad en el presente capítulo, este control nace a partir de la Constitución de 1991 como una verdadera herramienta gerencial. El control interno es una función administrativa que se desarrolla al interior de las entidades públicas que busca controlar sus actividades para que se realicen de acuerdo con las normas, hacer un análisis de eficiencia, eficacia y economía de los procesos que la entidad realiza y apoyar de manera permanente en la mejora continua de la misma.

A. Fundamento constitucional

Como consecuencia de la eliminación del control previo realizado por parte de las contralorías, se buscaron otras herramientas que permitieran a las entidades públicas tener un control que les permita mejorar en el cumplimiento de las normas de las obligaciones a su cargo. Es así que el control interno nace con la Constitución Política de 1991, para tratar de suplir esa deficiencia y su fundamento lo encontramos en los artículos 209 y 269 de la Constitución Política.

El artículo 209 Superior determina que:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

57 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-623 de 1999, cit.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. *La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.* (Resaltado fuera de texto).

Y el artículo 269 expresó:

En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, *métodos y procedimientos de control interno*, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Estas dos normas fundamentan la necesidad de la administración pública de tener un control interno y están obligadas a diseñar y aplicar métodos y procedimientos de este tipo de control. Además, el Contralor General, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución Política, deberá conceptuar sobre el control interno de las entidades y organismos del Estado. Se observa con claridad la necesidad de que los dos controles trabajen en forma complementaria, el fundamento constitucional de los mismos los lleva a que tengan un fin común. Aparte de trabajar en forma necesaria por la protección de los recursos de las diferentes entidades del Estado, buscan la eficiencia de la gestión de la administración pública.

B. El concepto de control interno

Con base en ese mandato constitucional, es que se expide la Ley 87 del 29 de noviembre de 1993⁵⁸, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”.

Con el control interno se pretende que todas las actuaciones que realicen las entidades estatales y los organismos, se realicen como lo determinan las normas (tanto externas como Constitución, leyes, decretos, etc.; como aquellas normas internas a través de políticas, resoluciones, etc.).

58 *Diario Oficial*, n.º 41.120, de 29 de noviembre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1629910>].

Como lo define el artículo 1.º de la Ley 87 de 1993:

El sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, *se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas y objetivos previstos.* (Resaltado fuera de texto).

La razón del porqué de la vigilancia por parte de la oficina de control interno del cumplimiento de las normas por parte de las diferentes entidades estatales es que rige para la administración pública el principio de legalidad. Esto es que los servidores públicos son responsables ante los diferentes entes de control por no hacer lo que las normas les dice, por extralimitarse en lo que ellas prescriben y por violarlas⁵⁹.

C. Partícipes dentro del proceso de control interno

En primer lugar, hay que tener claro que toda la organización debe estar involucrada en el cumplimiento de la norma y en la búsqueda continua de mejoramiento de la entidad. Los procesos básicos de la organización son: dirección, planeación, organización, ejecución, seguimiento y control, y en ellos esta reflejada toda la administración. Dentro del esquema que se estructuró en la Ley 87 de 1993, son tres las partes que participan dentro del sistema:

1. El representante legal

Es responsabilidad del representante legal o del máximo directivo correspondiente el establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno. Esto significa que en cabeza del representante legal está la organización y la dirección de dicho sistema⁶⁰.

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

60 Artículo 6.º Ley 87 de 1993, cit.

2. Jefes de las dependencias

La responsabilidad de la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos⁶¹.

3. Jefe de la oficina de control interno

Todas las entidades estatales deben designar como asesor, coordinador, auditor interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior⁶².

Esa oficina, de nivel directivo, que estará encargada

... de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos⁶³.

Y tienen, de acuerdo con el artículo 12 de 1993, las siguientes funciones:

Funciones de los auditores internos. Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno o similar las siguientes:

1. Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del Sistema de Control Interno;
2. Verificar que el Sistema de Control Interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando;
3. Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función;
4. Verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización, estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad;

61 Ídem.

62 *Ibíd.*, artículo 10.^º

63 *Ibíd.*, artículo 9.^º

5. Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios;
6. Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin que se obtengan los resultados esperados;
7. Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios;
8. Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional;
9. Evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad correspondiente;
10. Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento;
11. Verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas;
12. Las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones. Reglamentado Decreto 1826 de [3 de agosto de] 1994⁶⁴.

Parágrafo.- En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones y refrendaciones.

4. El Comité de Coordinación del Sistema de Control Interno Institucional

De acuerdo con el Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015⁶⁵, será responsable como órgano de coordinación y asesoría del diseño de estrategias y políticas orientadas al fortalecimiento del Sistema de Control

64 *Diario Oficial*, n.º 41.473, de 4 de agosto de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1357188>].

65 *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019891>].

Interno Institucional, de conformidad con las normas vigentes y las características de cada organismo o entidad⁶⁶, son facilitadores dentro del proceso de implantación y mejoramiento continuo del sistema de control interno⁶⁷ y evalúan la eficiencia, eficacia y economía del sistema de control interno, para el cumplimiento de planes, metas y objetivos previstos⁶⁸.

D. Principios del control interno

El control interno esta fundamentado en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales⁶⁹, de lo que puede observarse que no solo aplica los principios de la función administrativa que nos trae el artículo 209 Superior, sino que además incluye algunos que son traídos de la gestión fiscal, como lo son eficiencia y valoración de costos ambientales.

Lo que puede determinarse es, como lo dice el artículo 268 constitucional, el control interno es también un control fiscal, es un control fiscal al interior de las entidades públicas que tiene la obligación de proteger los recursos de la organización⁷⁰.

Las definiciones de cada uno de estos principios, al no tenerlos desarrollados la ley, deben ser buscados tanto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–⁷¹

66 *Ibíd.*, artículo 2.2.21.2.2.

67 *Ibíd.*, artículo 2.2.21.2.4.

68 *Ibíd.*, artículo 2.2.21.2.5.

69 Inciso 2.º artículo 1.º Ley 87 de 1993, cit.

70 *Ibíd.*, literal a artículo 2.º

71 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 18 de enero de 2014, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html], artículo 3.º *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. // Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. // 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. // En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de

como en la Ley 43 de 1.º de febrero de 1993⁷². Ya que al ser la actividad

no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*. // 2. En virtud del *principio de igualdad*, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. // 3. En virtud del *principio de imparcialidad*, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. // 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. // 5. En virtud del *principio de moralidad*, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. // 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. // 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos. // 8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal. // 9. En virtud del *principio de publicidad*, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. // 10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares. // 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. // 12. En virtud del *principio de economía*, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. // 13. En virtud del *principio de celeridad*, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas. (Resaltados fuera de texto).

72 *Diario Oficial*, n.º 40.735, de 1.º de febrero de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1598348>]. Artículo 8.º La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la *eficiencia*, la *economía*, la *eficacia*, la *equidad* y la *valoración de los costos ambientales*, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad

del control interno una función administrativa y, además de lo anterior, ejercer una especie de control fiscal, hacia esas normas debe dirigirse el análisis.

Esta es una de las dos formas con las que cuenta el Estado para el control al manejo de los recursos públicos, el otro es el control fiscal, que a pesar de ser diferentes desde su estructura, deben trabajar de manera complementaria. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

Uno de los mecanismos para hacer compatible el carácter amplio e integral de la vigilancia fiscal con el carácter posterior y externo del control que lleva a cabo la Contraloría, consiste en la previsión de dos modalidades de control del manejo de los recursos públicos, que si bien presentan características distintas han de operar de modo complementario.

El primero de estos mecanismos es el control fiscal externo, que se encomienda a la Contraloría General de la República (arts. 117, 119, 267 y 268 C. P.), a las contralorías municipales, distritales y municipales, encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales (art. 272 C. P.) y a la Auditoría General de la República, entidad encargada de vigilar la gestión fiscal de la Contraloría General de la República (art. 274 C. P.). El segundo, destinado a complementar el anterior, es el control interno que las propias entidades públicas están obligadas a diseñar e implementar, conforme a lo establecido en los artículos 209 inciso 2.º y 269 Superior. La adopción de este segundo mecanismo tuvo el propósito de garantizar la eficacia e integralidad del control fiscal, y hacerlo compatible con la opción del constituyente por un modelo posterior de control externo y con la autonomía del órgano encargado de llevarlo a cabo⁷³.

Como observamos, son complementarios pero la Contraloría, como lo determina el numeral 6 del artículo 268 de la Constitución Política⁷⁴, tiene una función adicional: conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control interno. Y, sumado a lo anterior, el artículo 18 de la Ley 42 de 1993 citada, al definirnos uno de los controles del control fiscal como es el de evaluación del control interno, determina que:

los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. (Resaltados fuera de texto).

73 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].

74 Artículo 268 de la Constitución Política: "El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: [...] 6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado".

La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

Entonces se complementan para el ejercicio del control, pero el ente de control fiscal de forma posterior revisa lo siguiente: 1. La calidad con la que se ejerce el control interno; 2. El nivel de confianza que se le puede otorgar a esa oficina; y 3. La eficiencia y eficacia del control interno en el cumplimiento de objetivos.

Hay que observar, que el primer objetivo que tiene el sistema de control interno en su artículo 8.^o es el de “proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten”. Por lo que la protección de los recursos públicos, debe ser protegida en este primer orden de control⁷⁵.

Las entidades públicas deben diseñar e implementar mecanismos que garanticen el cumplimiento de los principios del artículo 209 de la Constitución Política (un control al interior), esto lo realiza a través de las oficinas de control interno y por medio de este control interno se garantiza también que el control fiscal sea eficaz.

E. Oportunidades para realizar el control interno

Como se presentó antes, el control fiscal es posterior, solo se puede ejercer después de haberse realizado las actuaciones. En cambio el

75 Artículo 2.^o de la Ley 87 de 1993, cit.: *Objetivos del sistema de Control Interno*. Atendiendo los principios constitucionales que debe caracterizar la administración pública, el diseño y el desarrollo del Sistema de Control Interno se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales: // a. *Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten*; // b. Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; // c. Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad; // d. Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional; // e. Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros; // f. Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos; // g. Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación; // h. Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

control interno se puede ejercer en cualquier momento: previo, concomitante y/o posterior. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlo a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, *pudiendo serlo previo, concomitante o posterior*, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (art. 267 C. N.)⁷⁶. (Resaltado fuera de texto).

Como se desprende de la sentencia citada, la gran fortaleza que tiene control interno, con relación al control fiscal, es que puede actuar desde el inicio de las diferentes actuaciones por parte de la administración y no tiene la limitación de ser posterior y selectivo. Esto es de gran relevancia sobre todo para la contratación que realizan las entidades públicas, ya que es un verdadero control sobre las diferentes etapas, en las cuales incluiríamos la de planeación y como aspecto muy relevante, el proceso de selección del contratista.

F. Control interno a la contratación estatal

Con relación al tema que nos ocupa que es el control a la contratación estatal, el control previo, de acuerdo al inciso 3.º del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, corresponde a la oficina de control interno: “El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de control interno.

Por lo que es del todo claro que, para el caso de la contratación estatal, la oficina de control interno podrá realizar auditorías a los procesos contractuales desde el inicio de los mismos, cosa que no podrán hacer las contralorías por cuanto, como lo explicamos antes, el control fiscal es posterior.

76 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-534 de 11 de noviembre de 1993, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-534-93.htm>].

Como lo sostiene LUZ JIMENA DUQUE BOTERO⁷⁷,

el control interno no ha cumplido los cometidos encargados por la Constitución y por tanto debe replantearse, articulándolo con el control fiscal posterior, para asegurar de manera fehaciente el control de los recursos públicos.

El control interno tiene una gran responsabilidad en la protección del patrimonio público y de la prevención del daño a las entidades estatales, pero esto no se hace. Las oficinas de control interno no tienen la suficiente estructura y –al parecer– fortaleza para tener los niveles de eficiencia y calidad para prevenir el daño a los recursos públicos.

Las oficinas de control interno deben fortalecerse para que cumplan la función preventiva que tienen, más cuando la Corte Constitucional derogó la facultad que tenían los entes de control fiscal de ejercer la función de advertencia y recalzó que el control previo corresponde a estas oficinas:

Como quedó expuesto, atribuir carácter posterior y selectivo al control en cabeza de la Contraloría no implicó una renuncia del constituyente a la implementación de formas de control previo de la gestión fiscal, sino que, para efectos de no comprometer la autonomía del ente de control externo, aquellos mecanismos preventivos, a los que se confiere naturaleza administrativa y corresponden a un primer nivel de control, habrían de ser implementados, con carácter general, a través de los sistemas de control interno⁷⁸.

De lo anterior se puede colegir con claridad que no se eliminó el control previo sino que por el contrario, lo que hizo el constituyente fue pasarle esa función a las oficinas de control interno y quitárselas a las oficinas de control fiscal.

De acuerdo a todo lo visto, queda claro que para la contratación estatal, toda la parte precontractual queda en cabeza de la oficina de control interno y todo lo que se realice de forma posterior a la legalización del contrato queda en cabeza tanto de las contralorías como de control interno (concomitante y posterior), trabajando como lo dijimos antes de forma complementaria.

77 LUZ JIMENA DUQUE BOTERO y FREDY CÉSPEDES VILLA. *El control fiscal y la responsabilidad fiscal*, Bogotá, Ibáñez, 2018, p. 158.

78 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 de 2015, cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTROL FISCAL Y CONTROL INTERNO A LOS ASPECTOS COMUNES DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La pérdida de recursos y el detrimento patrimonial del Estado encuentran en la mala planificación y en las irregularidades en la etapa precontractual de los procesos de contratación entre sus causas. Colombia está sobrediagnosticada con males y prácticas que todos los días quedan evidenciadas: por un lado, obras inconclusas porque no eran viables, sobrecostos por inadecuados diseños, adquisiciones inútiles que se deprecian y todo por la falta de una adecuada planeación de la contratación. Y por otro lado, exigencias en los procesos de imposible cumplimiento, pliegos “sastre” y proponentes únicos. No en vano, no quedó más remedio que establecer por ley para todas las entidades del Estado, el pliego tipo para la contratación de obras públicas. En la terminación de este libro, aún no estaba reglamentado el pliego tipo, pero de seguro será un valioso instrumento para comenzar a darle a la contratación pública el verdadero espíritu de igualdad y libre competencia.

Por ello, nos ha parecido conveniente desarrollar unos criterios que debe tener la auditoría para el desarrollo de su función, teniendo como parámetro el paso a paso de cada una de las modalidades de selección establecidas en el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007. Para estructurar el paso a paso de las modalidades de selección, tomamos como guía el libro *Criterios de auditoría en control fiscal y control interno a la contratación pública*⁷⁹.

79 JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. *Criterios de auditoría en control fiscal y control interno a la contratación pública*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018.

Lo que pretende esta parte del texto es brindarle al auditor unas herramientas conceptuales para que la auditoría tenga un verdadero alcance para determinar la eficiencia y eficacia de la contratación, a partir del control de legalidad de la etapa precontractual. La auditoría de la etapa precontractual no puede realizarse como si se tratara de chequear una lista, sino bajo el criterio de determinar si la planeación y la estructuración de los procesos de contratación cumplen los principios tanto de la contratación estatal como de la función pública.

I. CRITERIOS DE AUDITORÍA SOBRE EL CONTROL A LA PUBLICIDAD Y A LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN

En esta parte del texto nos proponemos exponer algunos criterios que se deben tener en cuenta para la realización de las auditorías de control en los aspectos de la publicidad y planeación de la contratación pública.

A. Control a la publicidad de los estudios y documentos previos

En el proceso auditor se debe verificar el cumplimiento de lo señalado en el artículo 8.º de la Ley 1150 de 2007 ya citada, en el cual se establecen las condiciones de publicación del proyecto de pliego de condiciones y los estudios previos. Advierte la norma que “junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración”. El artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 antes citado, señala que la entidad estatal está obligada a publicar en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– los documentos y actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres días siguientes a su expedición. Se debe verificar que los estudios y documentos previos fueron publicados en el SECOP y que esa publicación se realizó junto con el proyecto de pliego de condiciones o con la invitación pública en los contratos de mínima cuantía.

El SECOP nace con la Ley 1150 de 2007, buscando la utilización de sistemas que busquen la transparencia y la economía en la contratación pública. Esta etapa, la precontractual, está unida al principio de economía que busca que los procesos se cumplan en desarrollo de principios como la planeación y transparencia. En esta parte del pro-

ceso, las entidades deben realizar una serie de pasos, que incluyen estudios y documentos, que son la médula de la contratación pública a realizar.

Por eso, en esta fase de planeación, la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015, desarrollaron los pasos que se deben realizar para cumplir con estos principios, que incluyen temas como la oportunidad y conveniencia⁸⁰, la convocatoria⁸¹, los estudios previos⁸², estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones⁸³, entre otros.

Todo lo anterior debe publicarse de acuerdo con la reglas establecidas en el Decreto 1082 de 2015, dentro de los tres días hábiles siguientes. Esta publicidad la acompaña, además, la posibilidad a los posibles oferentes de formular observaciones sobre toda la fase de planeación que obliga a la entidad oficial a hacer un análisis no obligatorio de las inquietudes presentadas por ellos⁸⁴. De cada una de las observaciones realizadas por los posibles oferentes a la entidad se deberá dar respuesta para de esta forma buscar la mayor transparencia y posibilidades de participar, en igualdad de condiciones, entre los contratistas.

B. Verificación del contenido de los estudios y documentos previos

En desarrollo del principio de economía, los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 ya citada, señala que previo a la apertura de un proceso de selección, 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, además de los pliegos de condiciones, según corresponda.

Esto significa que, de acuerdo a la naturaleza del contrato, se debe realizar el análisis de factibilidad sobre el proyecto buscando la viabilidad del mismo. Hecho este análisis, a sabiendas que el proceso es viable, se deben realizar una serie de estudios y documentos que le

80 Artículo 7.º de la Ley 80 de 1993, cit.

81 Artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015, cit.

82 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.1.1.

83 Artículo 12 Ley 80 de 1993, cit.

84 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Legis, 2016, p. 256.

den certeza a los futuros proponentes sobre qué requiere la entidad y cómo debe estructurar su propuesta. Todo proyecto de obra requiere de planos que den certeza del lugar en que se va a realizar la obra y de lo que se va a encontrar allí; por ejemplo, en una concesión de vías, el tráfico histórico de esas vías y su proyección.

La Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, exigen la publicidad de los mismos, y el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 señala los elementos mínimos que deben contener⁸⁵, además de los otros elementos de conformidad con la modalidad de selección. Estos elementos mínimos son aplicables a los estudios previos de todas las modalidades de selección, salvo en lo que respecta a los estudios de contratación por mínima cuantía⁸⁶.

1. El proceso auditor debe verificar que se haya realizado una adecuada descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación. La descripción de la necesidad debe señalar la problemática que se pretende solucionar o la necesidad administrativa que se pretende satisfacer o la política o programa que se pretende desarrollar con la contratación del bien, obra o servicio. Lo que se busca con este análisis es que después de dársele apertura al proceso, no pueden haber circunstancias subjetivas por parte de la administración que lleven a dar por terminado el proceso de selección, o que se termi-

85 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015, cit. "*Estudios y documentos previos*. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del proceso de contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: // 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación. // 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. // 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos. // 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la entidad estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La entidad estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la entidad estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración. // 5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable. // 6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo. // 7. Las garantías que la entidad estatal contempla exigir en el proceso de contratación. 8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial".

86 Último inciso del artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

nen de forma unilateral sobre la base de que las “exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo impongan”⁸⁷, puesto que, como lo sostiene CAROLINA DIEK ACOSTAMADIEDO, “el análisis previo lo hará improcedente”⁸⁸.

Para determinar si en efecto lo que se pretende contratar tiene fundamento de planificación, se deben verificar los documentos que determinan el rumbo de la gestión, como: El plan de desarrollo, el plan de acción, el plan anual de adquisiciones y el banco de proyectos.

La auditoría debe verificar que en la elaboración del estudio previo la entidad haya dejado constancia de la revisión de esos documentos a luz de lo que pretende contratar. Si el bien, obra o servicio que se pretende contratar no se encuentra en alguno de los documentos, se debe verificar que la entidad haya justificado la razón de ello y además haya señalado un mecanismo de incorporación al mismo, cuando a ello haya lugar.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que las entidades deben publicar, anualmente, su respectivo plan de acción. Así lo establece el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 al señalar que las entidades del Estado, a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web, el plan de acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras⁸⁹ además de la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión. Queda claro que el estudio previo debe hacer referencia al plan de acción, en donde debe estar descrita la necesidad de la entidad.

El artículo 77 de la Ley 1474 de 2011 señala que sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 27 y 49 de la Ley 152 de 15 de julio de 1994⁹⁰ y como mecanismo de mayor transparencia en la contratación pública, todas las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital deberán publicar en sus respectivas páginas web, cada proyecto de inversión, ordenado según la fecha de inscripción en el Banco

87 Artículo 17 Ley 80 de 1993, cit.

88 CAROLINA DIEK ACOSTAMADIEDO. *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 75.

89 Debe entenderse como el mismo plan de adquisiciones.

90 *Diario Oficial*, n.º 41.450, de 19 de julio de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1651907>].

de Programas y Proyectos de Inversión nacional, departamental, municipal o distrital, según el caso.

Consideramos que el estudio previo deberá señalar, en la justificación de la contratación que se pretende adelantar, el proyecto de inversión, su fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos y su respectiva publicación en la página web de la entidad.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 señala que las entidades estatales deben elaborar un plan anual de adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el plan anual de adquisiciones, la entidad estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad, debe identificarlo utilizando el clasificador de bienes y servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la entidad estatal iniciará el proceso de contratación. Para elaborar en Colombia el plan anual de adquisiciones, se deben seguir los lineamientos y el formato elaborado por Colombia Compra Eficiente.

En suma, nos parece conveniente que en el desarrollo del proceso auditor, se verifique, en aras de la planeación, transparencia y eficiencia, que en los estudios previos se hace referencia al plan de desarrollo, y se señale con claridad la fecha en la cual se publicó en la web de la entidad, el plan de acción y los ajustes del mismo, así como la fecha en la cual se publicó el proyecto de inversión con su fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos. Además, se debe hacer referencia expresa si el bien, obra o servicio se encuentra en el plan anual de adquisiciones, que debe estar publicado en la web de la entidad y el SECOP. Si el bien, obra o servicio no se encuentra en el plan anual de adquisiciones, la entidad debe ajustar el plan, incorporando el bien, obra o servicio y así dejarlo señalado en el estudio previo. Es importante también hacer esta verificación. La publicación del plan de adquisiciones es una práctica de publicidad y transparencia, por lo tanto la auditoría debe advertir cuándo la entidad estructuró un estudio previo y un proceso de contratación sin que antes se haya actualizado dicho plan.

Pero una adecuada auditoría al estudio previo no puede quedarse en la verificación de si el proyecto propuesto responde a la necesidad, sino debe ir más allá. La auditoría debe verificar si la entidad en el es-

tudio previo analizó todas las alternativas diferentes que tenía la entidad para satisfacer la necesidad advertida. Y por supuesto, si en el desarrollo de ese análisis optó por la alternativa que más le convenía a la entidad, en relación a su costo beneficio, o de cualquier otro parámetro.

La necesidad de dotar a las entidades de vehículos, es un buen ejemplo. Las entidades nunca realizan un adecuado estudio de las diferentes alternativas para satisfacer la necesidad. Adquirir los vehículos, arrendarlos y/o hacer un *leasing* son algunas de las alternativas que se deberían estudiar y analizar para optar por la mejor opción para la entidad. Y el auditor debe verificar que en el estudio previo quedó plasmada esa evaluación y plenamente justificada la alternativa por cual la entidad optó. Se debe determinar la carencia que se pretende satisfacer, si la necesidad es transporte de acuerdo con el análisis de oportunidad y conveniencia, se debe tomar una decisión de lo que se va a adquirir.

2. El estudio previo debe señalar el objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución⁹¹. El proceso auditor debe verificar que en el estudio previo está, en forma descriptiva, el objeto del contrato. Debe verificar que están señaladas las especificaciones que debe tener la obra, el bien o el servicio que se quiere contratar. Si la construcción de la obra requiere autorización, permisos o licencias para su ejecución, se debe verificar que ello se cumpla. Como también, si para la adquisición del bien o para la prestación del servicio, se requiere alguna autorización, licencia o permiso.

En el caso de un obra pública, pueden requerirse para su ejecución licencias ambientales, permisos de explotación de canteras para la extracción de material, autorización de empresas de servicios públicos cuando se intervienen zonas de redes de acueducto o alcantarillado. Otro ejemplo, para la adquisición de raciones alimentarias, se requieren centros de acopio especializados para alimentos, que cuenten con los permisos sanitarios respectivos. Y para la ejecución de servicios de vigilancia privada, por ejemplo, se requiere licencia otorgada por la autoridad competente.

91 Numeral 2 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

La auditoría debe verificar si la entidad realizó una adecuada planeación y en el momento de realizar el estudio previo, contempló todo lo que la ejecución del objeto requiere en cuanto a licencias, permisos y autorizaciones. Después de realizar la verificación de la descripción de la necesidad, el proceso auditor debe continuar con la verificación del objeto del contrato. Debe existir una consonancia entre la necesidad que se pretende satisfacer y el objeto que se estableció en el contrato.

Una vez se ha verificado el objeto del contrato señalado en el estudio previo, se debe verificar el tipo de contrato que se estableció, a pesar de no estar determinado como uno de los requisitos que nos trae el Decreto 1082 de 2015, como si lo estaba antes⁹², es absolutamente necesario por cuanto es la consecuencia de determinar el objeto del contrato y además puede incluso determinar cuál debe ser la modalidad con la cual debe seleccionarse el contratista. Algunas entidades en este punto confunden el tipo de contrato con la modalidad de selección. Vale la pena señalar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto de contratación, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en el artículo citado, tal como el contrato de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargo fiduciario y fiducia pública.

Se debe verificar que se haya señalado algún tipo de contrato de aquellos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o cualquiera de los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales. Si se trata de un tipo de contrato derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, ello debe estar plenamente justificado en el estudio previo.

El artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, al modificar el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer

92 Numeral 2 artículo 2.1.1. Decreto 734 de 2012, cit.

la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. Verificar que esta norma se haya cumplido es muy importante. Porque de no hacerlo, se estaría faltando al principio de planeación, con todo lo que ello implica y hemos señalado.

La primera conclusión de la modificación introducida por el estatuto anticorrupción es que se mantiene la posibilidad de contratar el diseño y la obra. Así mismo lo ratifica el Decreto 1082 de 2015, que en el numeral 2 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. señala que cuando el objeto incluye diseño y construcción, el estudio previo debe contemplar los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

Sin embargo, así la entidad contrate en un proceso el diseño y la obra, deberá contar, antes de iniciar cualquier proceso de selección, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. En consecuencia, la auditoría deberá verificar que el estudio previo contenga la viabilidad del proyecto en todos los aspectos, y que dicha viabilidad se haya realizado con el sustento técnico adecuado.

La adecuada verificación de la viabilidad del proyecto es muy importante. Una adecuada viabilidad puede evitar muchos inconvenientes dentro de la ejecución del contrato, tales como: pérdida de recursos, demandas contra el Estado, retrasos en la ejecución de las obras, etc., pues solo se iniciará un proceso de contratación de obra cuando se cuente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Ello además permite, aún sin diseños definitivos, conocer con alguna certeza el presupuesto estimado que requiere la obra que se pretende contratar. Ello sin duda, podrá evitar el aumento del valor de la obra, a través de las adiciones o de las mayores cantidades de obra.

Con esta exigencia las entidades tienen responsabilidades en cuanto a su gestión contractual. Deben evaluar su capacidad y la de sus funcionarios para adelantar y realizar de manera técnica y adecuada la viabilidad de los proyectos de obra. Y si no se cuenta con esa capacidad, contratar la consultoría para que los realice.

Todo lo relacionado con el objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. Lo que busca es que

se realice una correcta planeación, con esta información los futuros o posibles oferentes conocen cuál es el objeto y cuál es la tipología contractual, lo que evita equivocaciones tanto para el proceso contractual como para la ejecución del contrato.

Surge una situación con la se puede enfrentar el proceso auditor. ¿La entidad puede contratar en un mismo proceso la viabilidad del proyecto y los diseños definitivos? En nuestro concepto, la redacción de la norma no lo permite, pues señala que esta condición, es decir, la de contar con la viabilidad del proyecto, es necesaria incluso para los contratos que incluyen dentro de su objeto el diseño.

Es evidente que contratar la viabilidad y los diseños definitivos, es incluir dentro del objeto el diseño y por lo tanto sería abrir un proceso de selección, que incluye diseños, sin que la entidad cuente con la viabilidad del proyecto, lo que abiertamente es contrario a la ley. De esta posible falencia debe dejar constancia el auditor.

Por último, consideramos importante como recomendación práctica, que los estudios y diseños de viabilidad del proyecto establezcan en forma técnica el esquema de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. Esta nueva exigencia legal, como etapa previa a la apertura de un proceso de contratación, debe servir para que la entidad se apoye en una fuente técnica, propia o externa, para adelantar un esquema adecuado y técnico de asunción de riesgos previsible. La función de la auditoría es cotejar, revisar los riesgos que se identificaron en la etapa de viabilidad del proyecto y los que quedaron tipificados en la matriz del proyecto.

3. Por otra parte, en el desarrollo del estudio previo, la norma exige que en el contenido de los estudios previos, se señale la modalidad de selección del contratista, su justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan⁹³.

La auditoría en este aspecto debe verificar la forma como se justificó la modalidad de selección. En ese sentido, lo primero que se debe verificar y analizar es el objeto del contrato, y en segundo lugar, la cuantía del mismo. La columna vertebral de la Ley 1150 de 2007 es precisamente el establecimiento de modalidades de selección en razón al ob-

93 Numeral 3 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

jeto del contrato y no a su cuantía. Sin embargo, la cuantía sigue siendo una segunda circunstancia determinante que se debe tener en cuenta para establecer la modalidad de selección, por ejemplo, si la selección del contratista corresponde a la modalidad de selección abreviada, procedimiento para menor cuantía o si se debe seguir la regla general de la licitación pública.

El proceso auditor debe tener en cuenta, el principio de legalidad, en la verificación de la modalidad de selección que se ha determinado en el estudio previo. Teniendo en cuenta el principio de legalidad, la entidad sólo puede realizar el proceso que por el objeto y la cuantía le corresponde según la norma, y sólo por razones justificadas, acudir a la regla general de la licitación pública. Para tener claridad. Una entidad no puede hacer un proceso de selección abreviada cuando le correspondería por la cuantía realizar un proceso de mínima cuantía.

Por ello el auditor debe verificar por parte las entidades estatales que en el estudio previo no solo se señale la modalidad de selección, sino que en efecto, se haya descrito la justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan.

Este aspecto dentro de la estructura del proceso del estudio previo es el que de manera necesaria requiere del apoyo del abogado que lo esté asesorando. Por cuanto una equivocada selección del proceso implica faltas que van desde lo disciplinario⁹⁴ hasta lo penal⁹⁵.

4. En el contenido del estudio previo se debe señalar el valor estimado del contrato y la justificación del mismo⁹⁶. Cuando el valor del contrato este determinado por precios unitarios, señala la norma que la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, la entidad contratante no publicará las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato y en el caso de las concesiones, la entidad contratante no publicará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Lo que solicita la norma no es la simple enunciación del valor estimado del contrato, sino la justificación del análisis que hizo la entidad

94 Numeral 31 artículo 48 Ley 734 de 2002, cit.

95 Artículo 410 del Código Penal. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

96 Numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

para llegar a ese valor. Su relevancia radica en que este valor y su justificación es el que determina cuál debe ser el presupuesto oficial y de ahí en adelante, los recursos para el pago del contrato.

En ese sentido, la auditoría debe verificar que las entidades hayan tenido en cuenta en el momento de estimar y justificar todos los costos asociados a la ejecución del contrato. Y lo más importante, que dichos costos y todos los valores del contrato tengan plena justificación en el estudio previo y que en ese sentido, obedezcan a las condiciones del mercado. El proceso auditor debe verificar que se soportó en el estudio previo tanto el valor estimado del contrato como las fuentes y herramientas en las que se apoyó la entidad para llegar a él.

La Procuraduría expidió la cartilla de recomendaciones para la elaboración de estudios previos y determinó lo siguiente:

5. Estudio de mercado o análisis económico del valor del contrato. El estudio de precios de mercado, que se lleva a cabo una vez elaborado el estudio técnico, permite establecer el presupuesto oficial de la contratación. Comprende la realización de un análisis de los diferentes precios de los bienes o servicios a contratar que se registran en el mercado, que pueden ser consultados a través de mecanismos como: // 1. Solicitud de cotizaciones. // 2. Consulta de bases de datos especializadas. // 3. Análisis de consumos y precios históricos.

Asimismo, involucra el análisis de las variables consideradas para calcular el presupuesto o precio del contrato.

Para la elaboración del estudio de precios de mercado se efectúan las siguientes recomendaciones:

a. Cuando se emplee la modalidad de solicitud de cotizaciones, las mismas se deben requerir remitiendo a los interesados toda la información básica del contrato a suscribir, con el fin de que proyecten el valor del servicio o del bien correspondiente. Por lo expuesto, se deberán señalar en la comunicación respectiva los gastos que deberá asumir el contratista (constitución de garantía única, impuestos, transporte, publicación, etc.) y la forma de pago prevista para el futuro contrato, toda vez que esta información incide directamente en el precio ofrecido.

[...]

Las cotizaciones se deberán solicitar a interesados que tengan condiciones de producción (capacidad económica, financiera, técnica y de experiencia) similares, con el fin de que realmente se obtenga un precio de mercado. Para ilustrar esta recomendación basta con verificar los precios que sobre un bien de

la canasta familiar puede ofrecer un tendero de barrio, un mayorista o un supermercado.

Asimismo, se debe verificar la ocurrencia de circunstancias que distorsionan los precios del mercado, como ofertas especiales de almacenes de cadena, fenómenos de escasez o abundancia del producto, etc.

b. Cuando por las condiciones del mercado del bien o servicio a contratar se requiera la revisión de bases de datos, el responsable deberá dejar constancia de las consultas realizadas y de los precios que soportan su estudio. Las bases de datos consultadas deben ser especializadas y representativas en el mercado del bien o servicio a contratar.

c. Para emplear el mecanismo de análisis de precios históricos se debe verificar la variación de los mismos derivados del índice de precios al consumidor en cada año, examinando si se han presentado fenómenos económicos que hayan implicado uctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio. Las características del bien o servicio deben ser las mismas entre una contratación y otra⁹⁷.

5. El siguiente aspecto que se debe plasmar en el estudio previo, son los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

Para seleccionar la oferta más favorable se deben tener en cuenta los criterios señalados en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007. En dicho artículo los criterios corresponden a los requisitos habilitantes y los factores de escogencia. Ello es lo primero que debe verificar el auditor.

Es decir, lo que se debe verificar es que en el estudio previo están desarrollados los criterios que tiene la entidad tanto para determinar los requisitos habilitantes, como los factores de escogencia o factores de ponderación. Es importante advertir que lo que la norma pretende es que se definan unos criterios, mas no aspectos puntuales que deben hacer parte del pliego de condiciones. El proceso auditor debe verificar que esos criterios se hayan establecido en atención lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del

97 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. "Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas", Bogotá, PGN, 2010, disponible en [<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>].

contrato a suscribir y a su valor. También, se deberá verificar que los criterios cumplen con lo establecido en el literal d del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determinando que, no son condiciones y exigencias de imposible cumplimiento. Por último, se debe verificar lo señalado en el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, revisando que la entidad, al momento de *determinar los requisitos habilitantes*, tuvo en cuenta el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Como lo sostuvo el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, con relación al ofrecimiento más favorable:

... advierte la Sala que el artículo 29 –original– de la Ley 80 de 1996, consagró que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

Definió la norma legal, que ofrecimiento más favorable es aquel que, *teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad.*

Dicho de otro modo, ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta.

También estableció el precepto en mención, por un lado, que la favorabilidad de la oferta no podía constituirse por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y que el más bajo precio o el plazo ofrecido no podía ser el único factor de selección; y por otro lado, que si el plazo ofrecido era menor al previsto en los pliegos de condiciones no sería objeto de evaluación⁹⁸. (Resaltado fuera de texto).

98 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de febrero de 2012, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Con relación a el ofrecimiento más favorable hay que tener en cuenta:

- El menor plazo ofrecido en obra pública no puede ser objeto de evaluación.

- En procesos en los que se tengan en cuenta factores técnicos y económicos, se deben ponderar factores de calidad y precio de acuerdo a las a los puntajes determinados en los pliegos o en factores que representen mejor relación costo beneficio.

- Si son procesos para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor será el menor precio.

- Si el proceso es para la selección de consultores, se valorarán aspectos técnicos de la oferta o el proyecto. Criterios como experiencia del interesado y del equipo, formación académica. El precio no puede ser factor de escogencia.

- No se pueden calificar los sistemas de gestión de calidad, ni tampoco se pueden incluir como factor habilitante.

Los requisitos habilitantes deben corresponder a toda la información que del proponente reposa en el Registro Único de Proponentes -RUP-. Salvo que se trate de contratación directa o de contratos de mínima cuantía. En ese caso, la información del proponente o contratista debe ser aportada por el mismo.

Sin embargo, el numeral 6.1 del artículo 6.º de la Ley 1150 de 2007 establece que

sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

Es decir, la ley es clara al reconocer que hay condiciones habilitantes relacionadas con la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes que las entidades pueden exigir en virtud del objeto a contratar, que no se encuentran consignadas en el RUP y que, por lo tanto, la entidad debe verificar de manera directa.

Tal es el caso, por ejemplo, cuando la entidad exige al proponente una muestra del bien que pretende adquirir. O cuando exige una prueba técnica para verificar la capacidad de un blindaje, por ejemplo.

Todas ellas, exigencias que la entidad en ejercicio de su facultad y responsabilidad, considera adecuadas para garantizar el cumplimiento satisfactorio del objeto contractual. Exigencias que de acuerdo a la Ley 1150 de 2007, tiene que revisar en forma directa la entidad, pues son requisitos habilitantes que no se pueden verificar en el RUP. Todo ello deberá tenerlo en cuenta el auditor, quien deberá, además, verificar que en efecto la información solicitada, que no se encontraba en el RUP, era necesaria para la selección objetiva de las ofertas.

6. Quizás uno de los asuntos que más dudas ha generado en la aplicación de las nuevas normas es el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo⁹⁹.

Aunque el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 que regula los estudios y documentos previos, solo establece análisis de riesgo y forma de mitigarlo, debe entenderse que el riesgo analizado debe ser el previsible y debe poderse concretar en su tipificación, estimación y asignación, en el pliego o sus equivalentes, tal como lo señala el artículo 4.º de la Ley 1150 del 2007¹⁰⁰. Así mismo, señala el “Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación (M-ICRC.01)”¹⁰¹ de Colombia Compra Eficiente, que solo se deben analizar los riesgos que afectan la ejecución del contrato. Lo que busca este análisis es conservar el equilibrio contractual de las partes, para no acudir al restablecimiento económico del contrato.

El equilibrio económico es, de acuerdo al Consejo de Estado:

la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume

99 Es importante señalar que este requisito no se encuentra señalado en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007, ambas ya citadas.

100 Artículo 4.º Ley 1150 de 2007, cit. “*De la distribución de riesgos en los contratos estatales*. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación. // En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

101 Disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf].

en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma [...] Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1602, C. C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5.º Ley 80 de 1993), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes¹⁰².

Riesgo es, según el Decreto, el “Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato”¹⁰³. Con base en este concepto, las partes deben determinar cuáles son, cuál es el impacto de ese riesgo con relación al contrato e identificar cuál de las partes debe asumirlo.

De acuerdo a esto, la verificación que se debe realizar en el desarrollo de la auditoría debe orientarse a los aspectos que en seguida analizamos.

En primer lugar, verificar que los riesgos tipificados no correspondan a aquellos que se encuentran amparados por los mecanismos de cobertura, es decir, riesgos derivados de la naturaleza contractual, extracontractual o del ofrecimiento del proponente. En otras palabras, que no se hayan tipificado riesgos que tienen relación directa con las

102 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2014, C. P.: DANILO ROJAS BETANCOUR.

103 Artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

obligaciones de las partes. También se debe verificar que los riesgos tipificados sean verdaderamente previsibles, que correspondan a la ejecución y que, por lo tanto, puedan afectar el equilibrio económico del contrato de manera grave, sustantiva.

Como criterios prácticos para revisar en forma adecuada en el desarrollo del proceso auditor, los riesgos previsibles en el estudio previo, nos permitimos señalar lo siguiente:

– Los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato deben tener directa relación con el negocio contractual. Por lo anterior, las entidades, más que expertos en riesgos como tal, deben acudir a los expertos del negocio particular. En otras palabras, para identificar los riesgos previsibles de una obra pública, no puede haber mejor profesional que un ingeniero o constructor con experiencia en el tipo de obra ha realizar.

– Es importante recordar lo que la jurisprudencia ha dicho con respecto a los contratos susceptibles de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica. Los contratos en los que cabe el restablecimiento de la ecuación económica, son los contratos de tracto sucesivo, concepto que viene desde el nacimiento mismo de la figura *rebus sic stantibus*¹⁰⁴. Las entidades entonces, no deben tipificar, estimar y asignar riesgos previsibles que pueden afectar la ecuación financiera en los contratos de ejecución instantánea.

– Otro elemento importante para tener en cuenta, es que el riesgo previsible debe corresponder a una situación anormal de la ejecución del contrato, que puede ocurrir.

– Con la modificación del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establecida en el artículo 87 de Ley 1474 de 2011, se hace necesario en los contratos cuyo objeto incluyan la realización de una obra, que la entidad contratante cuente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición, señala la norma, es incluso aplicable a los contratos que incluyen dentro del objeto el diseño. Como lo seña-

104 *“Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: Los contratos de tracto sucesivo celebrados y que dependen de resultados en el futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas o se mantengan”.* Tomado de del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 31 de agosto de 2011, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

lamos antes, consideramos importante, como recomendación práctica, que los estudios y diseños de viabilidad del proyecto, establezcan técnicamente el esquema de análisis de riesgos de la ejecución para incorporar en el estudio previo y la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato que debe incorporarse al pliego de condiciones.

El Documento Conpes 3714¹⁰⁵ es una guía que establece lineamientos básicos para comprender el concepto de “riesgo previsible” en el desarrollo de la adquisición de bienes y servicios sometidos al Estatuto de Contratación Pública.

7. En el estudio previo se deben incorporar también las garantías que la entidad contempla exigir en el proceso de contratación.

El auditor debe verificar que, en efecto, las garantías están destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual hasta su liquidación o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato, según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular¹⁰⁶.

El Estatuto Contractual establece diferentes alternativas para garantizar las obligaciones surgidas del contrato, ya que dice que puede aceptar cualquier mecanismo de cobertura¹⁰⁷. Por su parte, el artículo

105 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3714, “Del riesgo previsible en el marco de la Política de Contratación Pública”, de 1.º de diciembre de 2011, disponible en [<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>].

106 Artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, cit.: “*Riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación*. El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título”.

107 Artículo 7.º Ley 1150 de 2007, cit. “*De las garantías en la contratación*. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. // *Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto*. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales. // El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características

2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015 señala que en los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, cualquiera de las siguientes garantías: a. Contrato de seguro contenido en una póliza; b. Patrimonio autónomo; o c. Garantía bancaria. Sin embargo, la responsabilidad extra-contractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solo puede ser amparada con un contrato de seguro¹⁰⁸.

Es importante señalar que, pese a la redacción ambigua de la norma, en el estudio previo lo que se debe verificar es la forma como se establecieron los riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación, su cubrimiento y suficiencia. Es decir, las entidades serían arbitrarias, en nuestro criterio, si determinan un mecanismo de garantía, en particular. La auditoría debe advertir esta situación. Consideramos que son los proponentes o contratistas quienes pueden escoger y otorgar cualquiera de los mecanismos de cobertura establecidos en la ley. Cuando las entidades exigen de modo exclusivo un mecanismo de cobertura, se está vulnerando el derecho de los proponentes a otorgar cualquiera de los mecanismos autorizados, como lo pretende la ley, que determina los tipos de garantía y otorga posibilidades que la administración no puede limitar.

8. Por último, en el estudio previo se debe indicar si el proceso de contratación respectiva esta cobijado por un acuerdo comercial.

Lo primero que se debe verificar es si la entidad estatal se encuentra incluida en la cobertura del capítulo de compras públicas de los diferentes acuerdos o tratados de libre comercio. En seguida se debe

y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato. // El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. // Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento". (Resaltado fuera de texto).

108 Artículo 2.2.1.2.3.1.5. Decreto 1082 de 2015, cit. "*Cobertura del riesgo de responsabilidad civil extracontractual*. La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro".

verificar si la cuantía del proceso lo somete al capítulo de compras públicas. Y por último, hay que verificar si los bienes y servicios a contratar no se encuentran excluidos de la cobertura del capítulo de compras públicas. Al verificar estos elementos dentro del proceso auditor, se puede determinar si la entidad en el estudio previo realizó de manera adecuada la indicación que exige la norma.

Este es el cuadro que Colombia Compra Propone para verificar el sometimiento o no a un acuerdo comercial¹⁰⁹.

| | Entidad Estatal incluida | Presupuesto del proceso de contratación superior al valor del acuerdo comercial | Excepción aplicable al proceso de contratación | Proceso de contratación cubierto por el acuerdo comercial |
|------------------|--------------------------|---|--|---|
| Alianza Pacífico | Chile | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| | México | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| | Perú | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Canadá | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Chile | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Corea | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Costa Rica | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Estados AELC | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Estados Unidos | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| México | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Triángulo Norte | El Salvador | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| | Guatemala | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| | Honduras | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Unión Europea | Sí/No | Sí/No | Sí/No | Sí/No |
| Comunidad Andina | Sí | Sí | Sí/No | Sí/No |

9. Por último, recomendamos que en el estudio previo la entidad justifique si el contrato, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, requiere para su seguimiento y control una interventoría técnica y especializada o una supervisión realizada por funcionarios de la entidad.

Así mismo, consideramos que en el estudio previo, se deben indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás que quedarán a cargo de la entidad a través del supervisor, cuando de manera excepcional se considera dividir la vigilancia del contrato. El auditor debe verificar la forma como la entidad estableció la justificación de la interventoría técnica y especializada y las actividades que se requie-

109 COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación”, disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf].

ren, tanto de ella como de la supervisión, para el adecuado control y vigilancia de la ejecución del contrato¹¹⁰.

110 Artículo 82. *“Responsabilidad de los interventores.* Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así: // Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría. // Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría. // Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley. // Artículo 83. *Supervisión e interventoría contractual.* Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. // La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. // La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. // Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. // El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal. // Parágrafo 1.º En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría. // Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional reglamentará la materia. // Artículo 84. *Facultades y deberes de los supervisores y los interventores.* La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. // Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas

Este es un requisito que no encontramos en el Decreto 1082 de 2015, pero lo consideramos importante para un adecuado manejo y control de los diferentes procesos contractuales.

Como lo señalamos antes, la auditoría no debe limitarse a verificar el estudio previo, como si se tratara de una lista de chequeo. El auditor debe mirar el estudio previo como el documento fundamental y esencial que determina la adecuada planeación del contrato. Al realizar la auditoría de los estudios previos, le asiste al auditor la verificación para determinar si la entidad cumplió con el deber de planeación. Que ni más ni menos es la carta de navegación de todo el contrato. Como lo ha señalado la jurisprudencia, del máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación. Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos¹¹¹.

En suma, la auditoría al estudio previo debe ser adecuada e integral, pues lo que se está verificando es la columna vertebral de la buena gestión contractual y de ejecución de recursos: la planeación que realizó la entidad para adelantar el proceso contractual.

punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente”.

111 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de octubre de 2017, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

II. DELEGACIÓN CONTRACTUAL

En los procesos de contratación la delegación se materializa con un acto administrativo en donde se delega en forma total o parcial la competencia para celebrar contratos. El fundamento constitucional de la delegación lo encontramos en el artículo 211, en el cual se faculta a las autoridades administrativas a transferir competencias a los subalternos¹¹². La delegación es el traslado de competencias de una persona u órgano a otro para que sea ejercida bajo su total responsabilidad.

El Consejo de Estado, determinó que:

Mediante la delegación, la autoridad administrativa transfiere el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, siempre por acto de delegación (decreto o resolución) y con sujeción a la Constitución o la ley¹¹³.

De esta forma es que, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 establece que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar de modo total o parcial la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El proceso auditor debe verificar que la delegación cumpla con lo señalado en los artículos 9.º, 10.º y 11 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998¹¹⁴.

Artículo 9.º- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley,

112 Artículo 211 Constitución Política: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. // La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. // La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.

113 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 26 de marzo de 1998, radicación 1.089.

114 *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832980>].

podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.

Parágrafo.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Artículo 10.º- Requisitos de la delegación. En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Artículo 11- Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Pero la revisión dentro del marco del proceso auditor no debe limitarse a la simple verificación del acto administrativo por medio del cual se realiza la delegación. Es muy importante verificar si el delegante definió unas políticas de contratación que debe cumplir el delegatario y

unos mecanismos de vigilancia y control de dicha delegación. El auditor debe verificar la manera como el delegatario esta cumpliendo con dichas políticas que le determinan el marco de acción de la delegación, como también debe verificar la manera como se realizaron los controles y la vigilancia sobre la delegación.

La realización de la auditoría con estos criterios para verificar en el desarrollo de la misma es determinante para definir las responsabilidades y determinar si el delegatario ejerció la delegación sin considerar la participación del delegante o si el delegante solo utilizó al delegatario como un instrumento para no asumir la responsabilidad de la contratación. Como lo informa la Corte Constitucional:

el delegante solo responderá del recto ejercicio de sus de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones¹¹⁵.

III. AVISO DE CONVOCATORIA PÚBLICA

La publicidad es un requisito esencial para el cumplimiento del principio de la libre concurrencia, ya que permite a la comunidad en general conocer de los procesos contractuales que va a abrir la administración pública con el fin de que los interesados presenten ofertas y la sociedad pueda ejercer control sobre los mismos.

Como lo sostuvo el Consejo de Estado:

la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en el mismo. Empero, si bien este principio tiene como fin la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca¹¹⁶.

115 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-693 de 9 de julio de 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-693-08.htm>].

116 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 3 de diciembre de 2007, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

De acuerdo con lo anterior, el incumplimiento de un requisito tan importante como el de la publicidad puede llevar a viciar el proceso de selección, por cuanto podría llevar a anular la actuación.

Como segundo punto relevante es que, aparte de publicar, se tiene que hacer como lo determina el Decreto 1082 de 2015, que puede llevar a que se vicie el procedimiento si el incumplimiento en los requisitos que tiene la norma es de tal magnitud, que no permita dar a conocer el proceso o genere confusión a los posibles oferentes o a la comunidad.

El artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015 señala que, salvo para la selección de mínima cuantía y contratación directa, para todos los procesos de contratación las entidades deben expedir un aviso de convocatoria que además de lo establecido para cada modalidad de selección, debe contener:

- El nombre y dirección de la entidad estatal;
- La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la entidad estatal atenderá a los interesados en el proceso de contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del proceso de contratación;
- El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir;
- La modalidad de selección del contratista;
- El plazo estimado del contrato;
- La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma;
- El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la entidad estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal;
- Mención de si la contratación está cobijada por un acuerdo comercial;
- Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a mipyme;
- Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el proceso de contratación;
- Indicar si en el proceso de contratación hay lugar a precalificación;
- El cronograma; y
- La forma como los interesados pueden consultar los documentos del proceso.

El auditor debe verificar que el aviso cumpla con toda la información, clara y expresa, que exige la norma.

En muchas entidades el ordenador del gasto firma el aviso de convocatoria, en nuestro concepto, el aviso de convocatoria se debe entender como uno de aquellos avisos a los que se refiere el numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrá incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público. En el proceso auditor se debe verificar ello y solicitarle a la entidad, si es el caso, una explicación de las razones por las cuales se firman los avisos.

El auditor debe verificar que el aviso de convocatoria esté publicado en el SECOP, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. de Decreto 1082 de 2015.

IV. PLIEGO DE CONDICIONES

A. Concepto de pliego de condiciones

El pliego de condiciones es un acto administrativo general, que contiene el objeto a contratar, las características del mismo, las reglas para seleccionar al futuro contratista, las condiciones de ejecución y el borrador del modelo de contrato a celebrar.

Es la manifestación de la voluntad de la administración informando al público en general que requiere de un bien, obra o servicio y cuáles son las condiciones para su adquisición y ejecución. El pliego de condiciones es el que fija la ruta que debe seguir el proceso, por lo que su contenido es obligatorio para las partes y sus cláusulas prevalecen incluso sobre el contrato. Se deben elaborar de forma previa a la apertura del proceso de selección y se debe publicar.

Como lo sostuvo el Consejo de Estado:

... el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta. Por lo tanto, el

pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (*v. gr.*, licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes¹¹⁷.

B. Requisitos del pliego de condiciones

1. Requisitos del principio de transparencia

El proceso auditor debe verificar que el proyecto de pliego de condiciones cumple con lo señalado el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, principio de transparencia, que establece que en ellos: a. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; c. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; d. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; e. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos

117 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 24 de julio de 2013, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; f. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

El auditor debe tener presente que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos que contravengan lo dispuesto en este principio de transparencia.

2. Requisitos del Decreto 1082 de 2015

Además de lo anterior, se debe verificar que los pliegos contengan lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015. Es decir, deben contener cuando menos: la descripción técnica detallada y completa del objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios¹¹⁸, de ser posible o de lo contrario, en el tercer nivel del mismo, la modalidad del proceso de selección y su justificación, los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. Las condiciones de costo y/o calidad que la entidad estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiese, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar. Los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes. Las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones. La mención de si la entidad estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un acuerdo comercial. Los términos, condiciones y minuta del contrato. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. El plazo dentro del cual la entidad puede expedir adendas y el cronograma del proceso.

Muchas entidades en el proyecto y pliego definitivo, no establecen reglas de desempate o las que establecen, no se ajustan a la ley. El au-

118 Ver el sistema en la página de Colombia Compra Eficiente, disponible en [<https://www.colombiacompra.gov.co/clasificador-de-bienes-y-Servicios>].

ditor debe verificar este punto en forma adecuada. Por ello, es importante tener en cuenta lo que en materia de desempate y de acuerdo a la modalidad de selección, señala el Decreto 1082 de 2015.

En resumen estos son los criterios de desempate que se deben tener en cuenta y se deben establecer:

En la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, procedimiento de subasta inversa presencial o electrónica, de conformidad con lo señalado en el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del citado decreto, cuando no haya más lances de mejora de precio y exista empate, se adjudicará el contrato al que presentó la menor propuesta inicial. De persistir el empate, se deben aplicar los factores de desempate señalados en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

En los pliegos para la licitación pública, la selección abreviada –procedimiento de menor cuantía– y el concurso de méritos, de acuerdo a la norma, se establecerán los siguientes factores de desempate: En caso de empate de dos o más ofertas, la entidad escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en el pliego. Si persiste el empate escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de escogencia y calificación establecidos en el pliego y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en el pliego. Si persiste el empate, la entidad debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente, respetando los compromisos adquiridos por acuerdos comerciales. Primera regla: Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros. Segunda regla: Preferir la oferta presentada por una mipyme nacional. Tercera regla: Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: 1. Este conformado por al menos una mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos 25%; 2. La mipyme aporte mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta; y 3. Si la mipyme, sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura. Cuarta regla: Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el 10% de su nómina está en condición de discapacidad

a la que se refiere la Ley 361 de 7 de febrero de 1997¹¹⁹. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el 10% de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el 25% de la experiencia acreditada en la oferta.

Frente a esta regla tenemos la siguiente observación. El artículo 24 de la Ley 361 de 1997 en comentario señala:

Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

A.- A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.

Por último si persiste el empate, se debe utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que se debe establecer en los pliegos de condiciones del proceso de contratación. El proyecto de pliego de condiciones se debe estructurar teniendo en cuenta la norma citada y las reglas que en ella se establecen, para definir los criterios de desempate.

Cuando no se incorpora en el proyecto de pliego todos los elementos descritos, exigidos en el Decreto 1082 de 2015, no solo el proyecto carecería del contenido mínimo que requiere, sino que se vulneraría el objetivo fundamental del proyecto, cual es el de permitir a los interesados presentar observaciones y hacer los ajustes que se consideren pertinentes en el pliego de condiciones definitivo. ¿Qué sentido tiene entonces, hacer observaciones sobre un proyecto de pliego incompleto? El auditor debe verificar no solo que el proyecto de pliego tenga todo el contenido que exige la norma, sino que ese contenido sea perti-

119 *Diario Oficial*, n.º 42.978, de 11 de febrero de 1997, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1658774>].

nente y adecuado, para que el proyecto de pliego cumpla con su objeto y finalidad.

Por ello es que observamos con preocupación que algunas entidades, para cumplir con los plazos de publicación de los proyectos de pliegos, con el ánimo de agilizar los procesos de contratación, publican en el SECOP proyectos de pliegos incompletos, de condiciones deficientes. De ello debería dejarse constancia en el proceso auditor. Señalando con claridad que el proyecto de pliego es incompleto y que con ello, no se cumplió con el principio de transparencia y publicidad. Por tal razón, para corregir esto, la auditoría debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 8.º de la Ley 1150 de 2007 que señala que la información publicada en el proyecto de pliego debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.

C. Proyecto de pliego de condiciones

Según lo establece el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, el proyecto de pliego de condiciones debe ser publicado en el SECOP mínimo cinco o diez días hábiles antes de la apertura, según la modalidad de selección. Debe verificar el proceso auditor que el plazo se estableció desde la fecha en la que en efecto se publicó y no desde la fecha de expedición, así se establezca en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, que los actos y documentos deben publicarse dentro de los tres días hábiles siguientes de su expedición.

Para la publicación del proyecto de pliego de condiciones no es necesario contar con disponibilidad presupuestal¹²⁰.

Otro aspecto importante para comentar es que si bien es cierto que la publicación del proyecto de pliego no genera para la entidad la obligación de dar apertura al proceso de selección, las entidades no deben abusar de esta circunstancia que puede generar, cuando menos, cuestionamientos a la planeación de su gestión contractual. Es una observación que debe hacer la auditoría cuando la entidad presente reiteradamente esta conducta.

120 Parágrafo del artículo 8.º de la Ley 1150 de 2007, cit., modificado por el artículo 6.º de la Ley 1882 de 2018, cit.: “no es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de pliego de condiciones”.

Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos¹²¹:
1. Durante un término de diez días hábiles en la licitación pública; y
2. Durante un término de cinco días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos. Surge una primera inquietud: ¿sólo se pueden hacer observaciones al proyecto de pliego durante los términos establecidos en el artículo citado? En realidad no. Aunque el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del decreto citado señala que los interesados en el proceso pueden presentar observaciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4, consideramos que cualquier interesado puede hacer observaciones al proyecto de pliego, en cualquier momento, antes de la apertura del proceso, y la entidad tiene la obligación de responderlas. Lo que ocurre es que la entidad puede considerar para efectos de hacer los ajustes respectivos en el pliego de condiciones definitivos, solo las observaciones que se realizaron durante el término señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4.

El proceso auditor debe verificar en esta etapa del proceso lo siguiente: 1. Que la entidad haya establecido con claridad, en los documentos del proceso, la forma como los interesados pueden hacer llegar sus observaciones al proyecto de pliego; 2. Que la entidad le haya dado respuesta sustentada y antes de la apertura del proceso a todas las observaciones formuladas dentro los plazos señalados en la norma; 3. Que la entidad haya modificado y ajustado el pliego de condiciones cuando las observaciones solicitando la modificación tengan fundamento. De la misma manera, se debe verificar que el estudio previo se haya ajustado cuando el alcance de las observaciones formuladas así lo ameriten; y 4. Que la entidad haya publicado en el SECOP en el plazo correspondiente, tanto las observaciones como las respuestas a las mismas.

V. ACTO DE APERTURA

La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones especiales para las modalidades de selección¹²².

121 Artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, cit.

122 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.1.4.

A. Contenido del acto de apertura

El acto administrativo, establece la norma, debe señalar: 1. El objeto de la contratación a realizar; 2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación; 3. El cronograma; 4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos; 6. La convocatoria para las veedurías ciudadanas; 7. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes y los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

El primer criterio que quisiéramos exponer, frente al acto de apertura, tiene que ver con su naturaleza. Si bien algunos pueden catalogarlo como un acto de trámite, es importante señalar que, en nuestro criterio, es un acto administrativo definitivo, por cuanto se debe señalar el proceso que ha adelantado la entidad en lo relativo al estudio y documentos previos y la disponibilidad presupuestal para adelantar el proceso contractual.

Resulta equivocado lo que hacen algunas entidades que no establecen en el acto de apertura el cronograma del proceso sino que mas bien lo hacen en documento anexo. La norma es clara al establecer que en el acto de apertura se señalará el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.

B. Revocatoria del acto de apertura del proceso

Por último, es importante tener presente que en el evento en que durante el desarrollo del proceso de selección se presente alguna de las causales contempladas en el artículo 93 del Código Contencioso Administrativo, la entidad podrá revocar el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección¹²³.

123 Artículo 93 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: "*Causales de revocación*. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o

Por otra parte, el artículo 97 del mismo código regula la revocatoria de actos de carácter particular y concreto. Señala la norma que el acto, cuando haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Frente a estas dos normas la revocatoria la puede hacer de conformidad con el artículo 93 hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación señalada en el artículo 97 y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, por cuanto lo que procede, si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, es demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Consejo de Estado sostuvo, para el caso de revocación del acto administrativo de apertura de un proceso contractual en el régimen del Código Contencioso Administrativo de 1986 que aplica al caso, lo siguiente:

En efecto, el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitación que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones, los cuales, a su turno, deben estar concebidos con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y la ley, de tal suerte que, si bien el acto de apertura del proceso de selección, al igual que la policitación (art. 847 del C. de Co), en principio, no obliga, ni crea, ni modifica situaciones jurídicas particulares y concretas¹²⁴,

funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: // 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. // 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. // 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

124 La policitación encierra una promesa que no obliga, salvo que exista aceptación por parte de algún interesado (Ver ROBERT JOSEPH POTHIER. *Tratado de las obligaciones de Pothier*, Primera Parte, Barcelona, ed. Imprenta y Litografía J. Roger, 1939).

una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar; de manera que, a partir de ese momento, para revocar el acto administrativo de apertura, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C. C. A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad¹²⁵.

En resumen, la jurisprudencia ha señalado que el acto de apertura se puede revocar cuando se presenta alguna causal del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, cuando el proceso de selección se encuentra en etapa de evaluación de ofertas, es decir, después del cierre, para revocar el acto se requiere el consentimiento de quienes presentaron ofertas en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 97 de la misma ley.

Frente al acto de apertura, la auditoría debe tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. Que contenga lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015; 2. Que se establezca el cronograma en el mismo acto administrativo; y 3. Que si se produce su revocatoria por las razones establecidas en la ley, que se tenga en cuenta la jurisprudencia.

VI. RESPUESTA AL PLIEGO DE CONDICIONES

Para algunas entidades dar respuesta a las observaciones formuladas por los interesados es suficiente. Al respecto debemos señalar que no basta con dar respuesta, pues se deben incluir en el pliego definitivo las observaciones que se consideraron relevantes. Mal harían las enti-

125 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 26 de noviembre de 2014, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

dades en considerar un tema relevante y no hacerle el ajuste respectivo al pliego y en definitiva, al mismo proceso.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es que cualquier modificación relevante incluida en el pliego de condiciones definitivo, implica también la respectiva modificación que se debe hacer al estudio previo.

Dos últimas recomendaciones con respecto a los pliegos de condiciones: La primera es no olvidar que cuando se fija un anticipo en el pliego de condiciones se debe establecer los términos y las condiciones de la administración del mismo a través del patrimonio autónomo. Muchas entidades olvidan hacerlo, cuando es una exigencia señalada con claridad en el artículo 2.2.1.1.2.4.1. del Decreto 1082 de 2015 que desarrolla el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. La segunda recomendación es estructurar y redactar el pliego de condiciones teniendo en cuenta los pliegos de condiciones tipo, diseñados por la agencia gubernamental Colombia Compra Eficiente.

El auditor además de verificar lo que ya señalamos en el proyecto de pliego de condiciones, debe verificar que el mismo corresponda al pliego tipo de condiciones, que para la modalidad de selección establezca el ente rector de la contratación pública.

En el caso del proceso de obra, el Gobierno nacional, por orden de la Ley 1882 de 15 de enero de 2018¹²⁶, debió expedir el pliego tipo el 15 de julio del 2018, cosa que no ha realizado¹²⁷; además con los pro-

126 *Diario Oficial*, n.º 50.477, de 15 de enero de 2018, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30034454>].

127 Artículo 4.º Ley 1882 de 2018, cit. "Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007: Párrafo 7.º El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local".

yectos de ley anticorrupción se pretende también realizar pliegos tipos para todos los demás procesos.

VII. ADENDAS

La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. Creemos conveniente señalar algunos criterios que se deben tener frente al alcance de las adendas modificatorias del pliego¹²⁸.

A. Aclaración al pliego de condiciones

Ocurre con frecuencia que en el texto del pliego se establecen asuntos que no son muy claros y que no fueron evidenciados durante el proceso de observaciones. En el caso de la licitación estas dudas pueden haberse presentado en la audiencia de aclaración del pliego. Vale señalar que para evitarse futuros problemas es conveniente evaluar la conveniencia de expedir adendas aclaratorias de algunos asuntos que en el pliego son ambiguos o poco claros y que fueron evidenciados en la audiencia de aclaración. Lo lógico es que el pliego, si tiene elementos confusos, se aclare a través de una adenda y no a través de un acta de audiencia de aclaración.

B. Modificar el cronograma

El otro objetivo que puede tener una adenda es la modificación del cronograma establecido para el proceso de selección. Dichas modificaciones tienen limitaciones, tal como lo señala la norma citada. La entidad puede publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m. Si se trata de una adenda modificatoria del contenido

128 Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Decreto 1082 de 2015, cit. "*Modificación de los pliegos de condiciones*. La entidad estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. // La entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. // La entidad estatal debe publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación".

del pliego o del cronograma en lo que se refiera a la fecha de cierre, solo se pueden expedir a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública, pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres días de anticipación. Sin embargo, la entidad puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de adjudicación del contrato.

C. Modificar asuntos no de fondo del pliego

Por último, las adendas pueden cumplir con el objetivo de modificar asuntos del pliego, siempre y cuando estas modificaciones no versen sobre asuntos de fondo. En otras palabras, se pueden hacer modificaciones al pliego siempre que ellas no afecten factores de escogencia y selección, no impliquen una nueva asunción de riesgos, o un cambio en el objeto del contrato, entre otros. Además, debemos reconocer que las adendas que cambian un pliego en asuntos sustanciales generan dudas frente a la transparencia del proceso.

En conclusión, las adendas deben expedirse para corregir pequeñas fallas, hacer aclaraciones y para modificar los cronogramas, cuando ello es necesario para el buen desarrollo del proceso. Un fin diferente pone en evidencia la falta de planeación de la entidad o genera muchas suspicacias frente a la transparencia de la contratación.

Tienen razón quienes afirman que el número de adendas de un proceso es directamente proporcional a las equivocaciones y errores que tiene el pliego. Y cuando ello ocurre, termina modificándose en su esencia la contratación, por lo mismo, los estudios y documentos previos que la soportan, frente a lo cual, lo mejor es revocar y volver a comenzar.

El proceso auditor, frente a las adendas, debe tener en cuenta lo siguiente: 1. Que se hayan expedido dentro de los plazos señalados por la ley; 2. Que su publicación en el SECOP se haya realizado dentro del horario establecido en la ley; 3. Que el contenido de la adenda no modifique asuntos de fondo que ameriten replantear todo el proceso, comenzando por la modificación de los estudios previos; y 4. Que modifiquen de manera clara, concreta y precisa el contenido del pliego para aclarar dudas que se presentaron.

VIII. PRESENTACIÓN DE OFERTAS-CIERRE DEL PROCESO

Las entidades tienen la posibilidad de establecer procedimientos de cierre. Pueden establecer que en el cierre se abran las propuestas y se comunique el valor de las mismas, la garantía que ampara la seriedad de la mismas, etc.

La norma no señala un procedimiento específico que la entidad deba cumplir para realizar el cierre de un proceso contractual. Sin embargo, se debe tener presente que se tienen respetar los procedimientos establecidos en el pliego y además, se deben considerar las características de cada modalidad de selección e incluso de cada proceso. Por ejemplo, en la selección abreviada –subasta inversa–, se exigirán dos sobres, uno de los cuales –el que contiene la propuesta económica– no se podrá abrir en el cierre sino en el momento en el que se va a realizar la subasta.

En el caso de las licitaciones de obra, de acuerdo al artículo 1.º de la Ley 1882 de 2018, deben haber dos sobres, el sobre económico solo puede abrirse en la audiencia de adjudicación¹²⁹.

129 Artículo 1.º de la Ley 1882 de 2018, cit. “Adiciónense los párrafos 2.º y 3.º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 [...] Parágrafo 2.º 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 puntaje 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 3.º 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 la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. // En estos procesos el informe permanecerá publicado en el SECOF durante cinco (5) días hábiles, término hasta 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”.

Lo mismo ocurre con el concurso de méritos. El sobre que contiene la propuesta económica sólo se podrá abrir después de la evaluación, si el proponente está habilitado y se encuentra en el primer orden de elegibilidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Por otra parte, hay procesos de licitación cuyo factor de escogencia es una subasta. En este caso el sobre que contiene los elementos de la conformación dinámica parcial de la oferta, podrían abrirse en el momento en el que se realiza el procedimiento de la subasta. Es importante fijar en el pliego reglas claras y transparentes de la forma como se va a realizar el procedimiento de cierre.

Hacia el futuro será conveniente establecer unos procedimientos adecuados para que el procedimiento de cierre cumpla con los principios de transparencia cuando la contratación pública entre definitivamente en la era de la conectividad. En otras palabras, se deben crear mecanismos adecuados cuando las propuestas se envíen por medio electrónico.

En este caso, se deberá diseñar un procedimiento de cierre virtual en donde la entidad, los proponentes y los interesados puedan constatar que en efectivo se “entregaron” las propuestas en el plazo señalado y puedan, por supuesto, acceder a todas ellas. El procedimiento de cierre en línea debe proteger el cumplimiento del principio de transparencia, que garantiza el acceso a las propuestas recibidas. Debemos aclarar que en virtud de los principios que rigen la contratación pública, todas las propuestas deben estar a disposición de quien demuestre interés legítimo¹³⁰.

Con la entrada en vigencia del SECOP II la presentación de las ofertas se realizará en línea, en la parte de la propuesta que corresponda, teniendo en cuenta las particularidades de cada modalidad de selección y de cada proceso. El proceso auditor debe dirigir su verificación hacia dos áreas concretas: Por un lado, verificar la manera como se registraron en línea las propuestas y en segundo lugar, verificar que aquellos documentos, que formaron parte de la propuesta y que debían entre-

130 Numeral 4 artículo 24 de la Ley 80 de 1993, cit. “Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios”.

garse físicamente en la entidad se entregaron en la forma señalada en el pliego y la entidad contó con procedimientos para salvaguardar su integridad.

IX. EVALUACIÓN E INFORME DE EVALUACIÓN

Las entidades deben comenzar la etapa de evaluación al conformar el comité evaluador. Incluso, el comité evaluador puede conformarse desde la misma apertura del proceso. El comité evaluador, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015, puede estar conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto quienes evaluarán las ofertas y las manifestaciones de interés para cada proceso de contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos.

El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose de manera exclusiva a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales. En el caso de la mínima cuantía no se requiere comité plural, pues la norma citada señala que la verificación y evaluación de las ofertas será adelantada por el ordenador del gasto. La evaluación debe hacerse en el plazo establecido en el pliego. Pero si la entidad requiere un tiempo adicional para hacerla, puede ampliarse ese plazo mediante adenda.

La evaluación concluye con un informe donde se deben consignar la verificación de los requisitos habilitantes de cada uno de los proponentes y la calificación de las propuestas. Es importante señalar que la propuesta del proponente no habilitado, es decir, aquel que no cumple con los requisitos habilitantes señalados en el pliego, no se debe evaluar, no se debe calificar. Solo se debe continuar con la evaluación de la propuesta cuando se haya subsanado 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. Los criterios para la “subsanción” de requisitos habilitantes se expondrán más adelante.

De todos modos, es importante tener en cuenta que la entidad durante el proceso de evaluación, de conformidad con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, podrá solicitar a los proponentes las

aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables. Dichas aclaraciones y explicaciones se podrán solicitar tanto de los requisitos habilitantes como de los factores de la propuesta a los cuales se les asigna puntaje.

Esta norma, aunque este consagrada en la reglamentación de la licitación pública, debe considerarse como general a todas las modalidades de selección, pues obedece al deber de cualquier entidad pública de encontrar la mejor propuesta. El informe de evaluación debe publicarse en el SECOP durante los plazos señalados en la ley, de acuerdo a la modalidad de selección, para recibir observaciones al mismo.

El proceso auditor con respecto al informe de evaluación debe verificar y observar lo siguiente, entre otros: 1. Que el comité evaluador se haya conformado formalmente; 2. Que los miembros del comité cumplan con la idoneidad y conocimiento sobre la materia en la que van a realizar la evaluación de las propuestas. Y que ninguno de sus miembros estuviera incurso en alguna causal de inhabilidad y/o conflicto de intereses; 3. Debe verificarse también que la publicación se haya realizado en el plazo señalado en el cronograma y que el plazo para presentar observaciones se haya establecido de conformidad con la ley; y 4. Por último, y quizás lo más importante, es que se verifique que la entidad evaluó las propuestas de conformidad con las reglas establecidas en el pliego. Debe verificar que no se rechazaron propuestas por 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. Así mismo verificar que el puntaje se otorgó en forma objetiva.

X. SUBSANABILIDAD DE REQUISITOS HABILITANTES

El párrafo primero del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018, señala:

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 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.

Por su parte, el párrafo tercero del mismo artículo, señala que

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

Y el párrafo cuarto establece que

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.

El Consejo de Estado, en el sentido de interpretar y darle claridad al párrafo anterior, señala:

los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables¹³¹.

Es claro entonces que todo lo que no afecte la asignación de puntaje, es subsanable, susceptible de enmendar o rectificar. Ahora bien, el Consejo de Estado en la sentencia citada señala que no todos los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente pueden ser subsanados. Señala la sentencia:

En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero

131 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, CC. PP.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA y HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

... Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar.

Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala¹³².

En conclusión, la “subsanación” se debe entender como un mecanismo mediante el cual el oferente prueba que cumple con un requisito habilitante que ya tenía en el momento de presentar la propuesta. Subsana porque la entidad lo requirió, bien porque faltaba algún documento para probar un requisito habilitante o bien porque el documento que lo probaba, era confuso, generaba dudas o ambigüedades.

Consideramos que cualquier criterio diferente al expuesto, es decir, que le abra un espectro más amplio a las posibilidades de “subsanar” en el caso de la licitación, puede terminar violando lo establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que establece que los oferentes en el ejercicio de presentar observaciones al informe de evaluación “no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”, aunque este criterio debería ampliarse a todos los procesos de selección.

132 Ídem.

El proceso auditor frente a la subsanación de requisitos habilitantes debe establecer lo siguiente: 1. Que una vez publicado el informe de evaluación, se haya establecido con claridad los documentos y requisitos que deben “subsanar” los proponentes, cuando a ello hay lugar; 2. Que el plazo para subsanar se haya establecido y cumplido de acuerdo a la modalidad de selección. Recordamos que el plazo de subsanación es legal. Corresponde al término de traslado del informe de evaluación, según la modalidad de selección; 3. Que la entidad haya solicitado los documentos susceptibles de subsanación, en condiciones de igualdad para todos los proponentes; y 4. Que los documentos no acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre

XI. ACTO DE ADJUDICACIÓN

El acto de adjudicación debe ser una resolución motivada. En el caso de la licitación pública, se entenderá notificada al proponente favorecido en la audiencia de adjudicación. La Ley 1150 de 2007 estableció en el artículo 9.º la siguiente norma:

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, éste podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

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.

El numeral 10.º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 determina que se adjudicaba en audiencia en el evento previsto en el artículo 273 de la Carta Magna¹³³, esto es, que la Contraloría obligará a la entidad en hacer la adjudicación en audiencia pública¹³⁴.

Con la modificación, por parte de la Ley 1150 de 2007, ahora la audiencia de adjudicación en *obligatoria*, esto fue revisado por la Corte Constitucional, ya que parecía inconstitucional el artículo, en criterio del demandante vulneraba una competencia constitucional otorgada a los entes de control fiscal y sostuvo que:

El artículo 273 de la Constitución Política establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, y para ello, en el primer inciso se establece la posibilidad de que el Contralor General u otra autoridad de control fiscal ordenen que el acto de adjudicación de un contrato sometido a licitación pública se realice dentro de una audiencia pública convocada para el efecto, decisión que la referida autoridad deberá tomar siempre que medie solicitud en tal sentido presentada por uno cualquiera de quienes participan como proponentes en el proceso de selección de que se trate; en tanto, en el segundo inciso defiere a la ley la regulación de varios importantes aspectos relativos a la celebración de estas audiencias, particularmente la manera como se realizará la evaluación de las propuestas, las condiciones bajo las cuales se realizará la audiencia y los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública. Se observa que el precepto superior analizado plantea una forma de reparto competencial que es de frecuente uso en el derecho colombiano y en las normas jurídicas en general, consistente en que desde un nivel normativo y funcional superior (en este caso el poder constituyente) se establecen unos mínimos de carácter obligatorio en torno al cumplimiento de un determinado requisito, atribuyendo al siguiente nivel competencial y normativo (que en el caso de autos es el poder legislativo) la posibilidad de ampliar esos mínimos,

133 Numeral 10 artículo 30 Ley 80 de 1993, cit. “En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir. // De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido”.

134 Artículo 273 Constitución Política: “A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública. // Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley”.

siempre que a su criterio, ello resulte apropiado. De donde se concluye que el Congreso de la República tiene atribuida la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, por lo que cualquier determinación que en este sentido tome el órgano legislativo es igualmente válida, que *incluye la de tornar este requisito en universalmente obligatorio*¹³⁵. (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con el artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007, 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 mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los 15 días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea también favorable para la entidad.

La inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente no es una circunstancia difícil de probar. De todos modos, si el acto de apertura se revocó por esta circunstancia, el auditor debe verificar que este debidamente probada y sustentada dicha situación. Caso contrario ocurre con la prueba de que el acto se obtuvo por medios ilegales. Por ello, surgen las siguientes inquietudes. ¿Debe haber un debido proceso para el adjudicatario cuestionado? ¿Quién debe demostrar que el acto se obtuvo por medios ilegales? ¿La entidad o la autoridad competente en materia de investigación o en materia de juzgamiento? ¿Alcanza una autoridad competente, ajena a la entidad, a pronunciarse en el plazo comprendido entre la adjudicación y suscripción del contrato?

El proceso auditor debe dejar claro en su informe las razones por las cuales la entidad revocó el acto de adjudicación invocando esta causal legal. Si las razones no están debidamente sustentadas, el auditor debe dejar el hallazgo y efectuar el traslado del informe correspondiente.

Creemos que frente a la falta de claridad en la norma que suscita tantos interrogantes, las entidades deben actuar con cautela en el momento en el que se encuentren frente a esta situación. Si bien es un

135 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-380 de 23 de abril de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-380-08.htm>].

instrumento legal para combatir la corrupción –o mejor, para evitarla–, también es cierto que no se puede convertir en un mecanismo arbitrario de las entidades. Los auditores por ello debe tener rigor para evaluar todas las circunstancias cuando se les presenta esta situación en el desarrollo de la auditoría.

El mismo artículo 9.º establece que, sin perjuicio de las potestades que la Ley 80 de 1993 consagra para la caducidad y sus efectos, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al 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.

El proceso auditor debe verificar que el proponente ubicado en segundo lugar en efecto cumple con las condiciones exigidas para cumplir con el objeto del contrato propuesto. Y lo más importante, que sigue cumpliendo con dichas condiciones en el momento en el que se pretenda contratar. De nada serviría contratar a un segundo calificado, que para el momento en el que, en efecto, debería seguir con el objeto del contrato, ya no cuenta con la capacidad y las condiciones para hacerlo de manera adecuada. Así, se desvirtuaría el objetivo de la norma que lo que pretende es que los contratos se cumplan con contratistas capaces e idóneos.

XII. MINUTA DEL CONTRATO

En las minutas de los contratos hemos encontrado algunas deficiencias que las entidades deben corregir y que el proceso auditor debe advertir en desarrollo de la auditoría y la redacción de los informes. En las minutas no se señalan en forma adecuada los requisitos para la ejecución del contrato.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 al modificar el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, estableció que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, las cuales deberán realizarse de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que

se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y cajas de compensación familiar, cuando corresponda. Esto significa que, para cada pago que realice la entidad, el contratista debe estar al día con sus obligaciones¹³⁶.

Con la modificación del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 es evidente que son tres los requisitos que exige la ley para la ejecución de los contratos: 1. La aprobación de la garantía, cuando en virtud del valor y la naturaleza del contrato ella se ha requerido; 2. El registro presupuestal; y 3. La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Ahora bien, hay otros requisitos de ejecución que se pueden establecer, de acuerdo al valor y el objeto del contrato, como el acta de inicio, el pago de impuestos locales, estampillas, etc. Los principales aspectos a tener en cuenta en la minuta del contrato son los siguientes: 1. Un régimen claro de obligaciones tanto del contratista como de la

136 Artículo 41 Ley 80 de 1993, cit. “*Del Perfeccionamiento del Contrato*. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. // Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda. // Los contratos estatales son *intuitu personæ* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. // En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de este y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante. A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste por un perito designado por las partes. Parágrafo 1.º El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal. // El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente”.

administración; 2. Las reglas relacionadas con la garantía única respecto de los valores; 3. La inclusión de cláusulas excepcionales cuando no se presumen, esto es, en los contratos de prestación de servicios y suministro; 4. Si se va a incluir o no cláusula compromisoria. De acuerdo con el numeral 8 del artículo 4.º si se pactan intereses moratorios¹³⁷.

Otro aspecto para tener en cuenta en la minuta del contrato es lo que se refiere a la imposición de multas y ejecutoria de la cláusula penal pecuniaria.

Al respecto, El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala:

Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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 deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo 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.

Parágrafo. 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 transitorio: Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria

137 Numeral 8 artículo 4.º Ley 80 de 1993, cit. "Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. // Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, *en caso de no haberse pactado intereses moratorios*, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado". (Resaltado fuera de texto)

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.

Como se desprende de la lectura de la norma, con la modificación que al estatuto de contratación introdujo la Ley 1150 de 2007, queda establecido que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas, así como de declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Con esta modificación, las entidades estatales no deben acudir ante el juez del contrato para solicitar la imposición de multas y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pues de acuerdo al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, podrán hacerlo de manera directa. Así lo ratificó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al señalar que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal.

Esta es una facultad que, como lo ha dicho la Corte Constitucional:

Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales. En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos". De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. Pero, de igual forma, se recuerda que su

correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones¹³⁸.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso del contratista. Dicho procedimiento se señala en el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

a. Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

b. En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

c. Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

d. En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de

138 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia de 13 noviembre de 2008, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo, caso al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Para garantizar el debido proceso en esta materia, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

1. La entidad no podrá declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ni podrá imponer multas al contratista si no ha pactado estas atribuciones en el contrato.

2. En el contrato las partes deben acordar con claridad las circunstancias que facultarían a la entidad para imponer multas al contratista y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

3. En el caso de las multas, estas sólo se podrán imponer mientras se halle pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista. Por lo anterior, si durante el proceso administrativo que debe adelantar la entidad para imponer la multa, deja de estar pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista, dicha multa no se podrá imponer y se deberá ordenar el archivo del proceso administrativo en el estado en que se encuentre.

4. La entidad no podrá imponer multas ni podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contratista, si a la vez también está incurriendo en mora de sus obligaciones contractuales.

5. La defensa dentro del proceso administrativo contractual sancionatorio que para el efecto adelante la entidad, podrá hacerla personalmente el contratista o mediante apoderado debidamente constituido.

6. Durante el proceso administrativo contractual sancionatorio la entidad debe garantizarle al contratista la oportunidad para presentar pruebas y para controvertir las que se alleguen en su contra.

7. La entidad debe garantizar al contratista el derecho que tiene a defenderse en audiencia.

8. La entidad debe garantizar al contratista el derecho que tiene a que no se le adelante un proceso sancionatorio contractual más de una vez por el mismo hecho.

Se debe tener en cuenta lo anterior, para redactar y establecer en forma adecuada y con claridad en la minuta del contrato la manera como se pactarán las multas y la cláusula penal pecuniaria.

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, el contrato debe remitir a las normas legales vigentes, es decir, al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en cuanto al procedimiento interno a seguir para la imposición de las multas, el contrato debe remitir al manual de contratación de la entidad.

Por último, consideramos conveniente que las entidades estatales incluyan en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes. Aunque el Decreto 1082 de 2015 no exige tal cláusula como si lo hacía el derogado Decreto 734 de 13 de abril de 2012¹³⁹, en su artículo 5.1.6, consideramos que es acertado que las entidades la incluyan en la minuta de los contratos, como una forma de prevenir riesgos en el desarrollo y ejecución de los contratos.

El auditor debe hacer una revisión adecuada de la minuta del contrato. Debe comparar la minuta con el pliego de condiciones y con el mismo estudio previo. Debe revisar que se adecue a las minutas tipo establecidas por Colombia Compra Eficiente y que se incluya en el mismo todo lo señalado en cuanto al debido proceso sancionatorio y las recomendaciones elaboradas por la Contraloría General. De todo ello, dejar constancia en los hallazgos e informes.

XIII. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que en el pliego de condiciones se debe señalar el plazo para la suscripción del contrato. Si bien es cierto que el artículo citado es regla de la licitación pública, es procedente establecer como una buena práctica que en todos los procesos de selección se establezca en el pliego, en la invitación pública o en las condiciones de celebración del contrato, el plazo para la suscripción del mismo.

139 *Diario Oficial*, n.º 48.400, de 13 de abril de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1725352>].

No hacerlo puede contrariar el principio de transparencia consagrado en el literal e del numeral 5 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que señala que “se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas”. Teniendo en cuenta que los plazos en la contratación pública son perentorios y preclusivos, el auditor debe verificar que en efecto se haya establecido el plazo para la suscripción del contrato y que el mismo se haya suscrito en el plazo señalado y establecido.

XIV. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos: 1. La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; 2. La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y 3. La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el inciso segundo y el párrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran *al día en el pago* de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda. En consecuencia cuando se trate de persona natural, para el caso de la verificación del cumplimiento del pago de seguridad social integral, se deberá verificar que se encuentra afiliado en el régimen contributivo, pues la persona natural que se encuentra en el régimen subsidiado no puede acreditar que se encuentra *al día en el pago* precisamente por las condiciones que caracterizan este régimen.

La entidad de acuerdo a la cuantía del contrato deberá establecer y verificar otros requisitos de ejecución tales como: pago de impuestos, publicación en el *Diario Oficial*, acta de inicio, etc. Este criterio es importante, por cuanto iniciar la ejecución de un contrato sin que se cancelen determinados impuestos, como los de orden local por ejemplo, puede conducir a un posible detrimento patrimonial, pues el hecho generador del impuesto se da desde la suscripción del contrato. En el proceso auditor se deben verificar varios aspectos:

– Que la ejecución del contrato sólo se inició cuando se verificó de manera adecuada los requisitos de ejecución. Incluidos aquellos que se desprenden de la naturaleza del contrato, como el pago de impuestos locales, etc.

– Qué los requisitos de ejecución sí cumplen con lo exigido en las normas, pliego de condiciones y contrato.

– Que se haya cumplido con el plazo para el otorgamiento de los requisitos de ejecución. Por ejemplo, el plazo que tiene el contratista para entregar a la entidad las garantías correspondientes y para el plazo para la verificación de los mismos. Es decir, el plazo razonable o establecido en el cronograma que tiene la entidad para verificar todos los requisitos de ejecución. Cualquier demora debe advertirse durante el proceso auditor. Hacer las observaciones y dejar constancia en el informe.

CAPÍTULO TERCERO

CONTROL FISCAL Y CONTROL INTERNO A LOS DIFERENTES PROCESOS DE SELECCIÓN

I. CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA LICITACIÓN PÚBLICA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007 ya citada, la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan para las modalidades de selección abreviada, concurso de méritos, contratación de mínima cuantía y contratación directa.

De acuerdo con el Estatuto Contractual, la licitación pública es:

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 favorable¹⁴⁰.

A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de licitación pública, donde se indica de manera práctica algunos criterios que se deben tener en cuenta para hacer efectivo el proceso auditor.

A. Estudio previo

En el capítulo de estudios previos se presentaron los principales criterios frente a la forma como estos se deben realizar. Particularmente en la licitación pública, en el desarrollo de los estudios previos, se debe tener en cuenta que para las entidades no ha resultado fácil establecer

140 Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, cit.

si un bien o servicio es de características técnicas uniformes y de común utilización. En otras palabras, la falta de claridad para determinar ello, coincide con la falta de claridad para establecer los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, pues si un bien o servicio es de características técnicas uniformes y de común utilización, la modalidad de selección será la abreviada sin tener en cuenta la cuantía del futuro contrato.

Pero, ¿qué está ocurriendo en la práctica? La selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización tiene la posibilidad de llevarse a cabo con uno de los siguientes tres procedimientos: 1. La adquisición en bolsa de productos; 2. El acuerdo marco de precios; y 3. La subasta inversa. En las entidades territoriales el procedimiento más utilizado, por no decir el único, es el de la subasta inversa. Pero lo cierto es que se utiliza menos de lo que se debería, pues es un procedimiento en donde la entidad no tiene ninguna discrecionalidad para el otorgamiento de puntaje, sencillamente porque el menor valor es el único factor de selección.

Por esta razón hay entidades que se aprovechan de la “supuesta” falta de claridad en la determinación de los bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización para no optar por la subasta como procedimiento de selección de contratistas. Acuden, dependiendo del valor del contrato, a la selección abreviada, procedimiento de menor cuantía o a la licitación pública, en donde la determinación de los factores de calidad y precio le permiten a la entidad un relativo margen de maniobra discrecional. Además, en el caso de la licitación, lo sustentan invocándola como regla general de las modalidades de selección.

El auditor debe tener presente estas consideraciones. Si el bien o servicio es de características técnicas uniformes, la modalidad de selección debe ser la selección abreviada (subasta inversa, compra en bolsa de productos o acuerdos marco de precios). Consideramos que la modificación del estatuto de contratación debe traer como consecuencia también la actualización de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. Resulta evidente que la entidad sufre un detrimento patrimonial cuando opta por una licitación teniendo que hacerlo a través de una modalidad de selección, como la subasta, en donde se “extrae valor” en beneficio de la entidad. En nuestro criterio, el au-

ditor deberá determinar con claridad la naturaleza del bien o servicio (características técnicas uniformes y común utilización) y dejar como hallazgo si es evidente que la entidad optó por la licitación cuando debería haber buscado una modalidad de selección cuya esencia de escogencia es el “menor valor”.

B. Certificado de disponibilidad presupuestal

Una vez establecido en el estudio previo, la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la escogencia del contratista y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la afectación preliminar mientras se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

El certificado de disponibilidad es:

el documento expedido por el jefe de presupuesto, o quien haga sus veces, con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible, y libre de afectación, para la asunción de compromisos¹⁴¹.

El Certificado de Disponibilidad Presupuestal –CDP– es un documento preliminar, hasta que se realice el compromiso, posteriormente se efectúa el registro, que es cuando presupuestalmente queda en firme el compromiso.

El CDP no es un requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, ya que es solo una constatación que realizan las entidades públicas para expresar la existencia de recursos para la futura celebración de un contrato¹⁴².

141 Artículo 19 Decreto 568 de 21 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.751, de 22 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1121366>].

142 “Este certificado no constituye un requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato estatal, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de junio de 2005, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

Diferente es el registro presupuestal, que tampoco es un requisito de existencia, ni de perfeccionamiento, pero si un requisito de ejecución del contrato. El registro presupuestal consiste “en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato”¹⁴³, Como lo informa el Consejo de Estado:

El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la Ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 [de 30 de diciembre] de 1994¹⁴⁴, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996. En reciente providencia, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, *porque es un requisito necesario para su ejecución*¹⁴⁵. (Resaltado fuera de texto).

El proceso auditor debe revisar los siguientes aspectos: 1. Si la entidad comenzó el proceso de contratación con la disponibilidad presupuestal; 2. Que la disponibilidad presupuestal cuente con sus respectivo soporte o certificado; 3. Que el certificado haya sido expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces; 4. Que la entidad lleve un adecuado registro; 5. Que si hay compromiso de vigencias futuras, estas hayan sido tramitadas y aprobadas de acuerdo a la ley; 6. Que posterior a la firma del contrato de expida el registro presupuestal.

143 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de junio de 2007, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

144 *Diario Oficial*, n.º 41.659, de 30 de diciembre de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1653981>].

145 Ídem.

C. Aviso

El Decreto-Ley 019 de 10 de enero de 2012¹⁴⁶, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, eliminó la publicación de los avisos de prensa para la licitación pública. En efecto, el artículo 220 del Decreto-Ley modificó el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedó así:

3. Dentro de diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.

Nos parece poco relevante la modificación el Decreto-Ley, quizás lo adecuado hubiera sido su eliminación, pues en la práctica, es un nuevo aviso de convocatoria.

La recomendación más sana para las entidades es que publiquen cuanto aviso puedan. Como lo hemos reiterado, uno de los principios fundamentales de la licitación, es la publicidad. Y no podría censurarse a una entidad o funcionario en su afán por garantizarla.

Por último, se recomienda que en el aviso se señale, para que cumpla su propósito, la información esencial del proceso, que comprende: Identificación de entidad y proceso, las fechas y los plazos mas relevantes, los factores de selección, sitio de consulta de pliego, entre otros. El auditor debe revisar que el aviso se publique en el lugar y en los plazos señalados por la ley y que contenga la información que ella exige. Como

146 *Diario Oficial*, n.º 48.308, de 10 de enero de 2012, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html].

lo señalamos antes, no consideramos que motive una observación de la auditoría si la entidad publicó más de tres avisos. Por último, uno de los principios fundamentales de la licitación es la publicidad. Lo que si le toca revisar a la auditoría es si se realizaron los dos avisos: el aviso de la Ley 80 de 1993 y el aviso de convocatoria del artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

D. Aviso de convocatoria

El artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015 ya citado, señala que en los procesos de licitación pública se hará convocatoria pública. El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– y debe contener todo lo señalado en la norma citada. Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

De acuerdo con la norma, el aviso de convocatoria debe contener:

1. El nombre y dirección de la entidad estatal.
2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la entidad estatal atenderá a los interesados en el proceso de contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del proceso de contratación.
3. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.
4. La modalidad de selección del contratista.
5. El plazo estimado del contrato.
6. La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.
7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la entidad estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.
8. Mención de si la contratación está cobijada por un acuerdo comercial.
9. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme.
10. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el proceso de contratación.

11. El cronograma.

12. La forma como los interesados pueden consultar los documentos del proceso.

E. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliego a partir de la fecha de publicación de los mismos durante un término de diez días para la licitación pública. Es decir, que el proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con diez días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura¹⁴⁷.

Es importante aclarar que el plazo se establece frente a la fecha del acto que ordena la apertura y no frente a la fecha de apertura de la licitación. Si no se tiene esto claro, se pueden cometer errores en el procedimiento, por no cumplir con los plazos de publicidad establecidos en la ley. De todos modos, la publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Es importante tener en cuenta los criterios de auditoría que, sobre la publicación del proyecto de pliego, se expresaron en el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

F. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido por el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del mismo, que para el caso de la licitación pública, no puede ser inferior a diez días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de los comentarios y observaciones recibidas, consideramos, se debe hacer de manera motivada, para lo cual la enti-

147 Artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, cit.

dad puede agrupar las de naturaleza común. Para complementar estos criterios de auditoría, se sugiere revisar lo expresado en el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

G. Acto de apertura

Como se señaló ante, el acto de apertura debe comprender todo lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

En el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección, se señalan otros criterios de auditoría que complementan lo expresado frente al acto de apertura.

H. Publicación del pliego definitivo

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar, en el mismo SECOP, el pliego definitivo de la licitación pública.

En el pliego definitivo se deben realizar todas las modificaciones que sean pertinentes, tanto las que nacieron de las observaciones presentadas por los posibles oferentes, veedurías y diferentes organismos

privados o públicos, como aquellas que la entidad haya observado como necesarias para que el proceso contractual se pueda desarrollar de la mejor forma respetando los principios de transparencia, igualdad y pluralidad de oferentes.

Creemos que en lo posible, salvo circunstancias justificadas, las modificaciones realizadas al pliego definitivo no deben incluir requisitos habilitantes más estrictos a los que estaban en el proyecto de pliego, ya que esto podría llevar a la violación de principios tanto del Estatuto Contractual como los principios determinados en el artículo 209 de la C.P. de la Función Administrativa.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

I. Inicio del plazo para presentar ofertas y audiencia para la aclaración del pliego y la revisión y distribución definitiva de riesgos

Consideramos conveniente que en el cronograma se haga claridad sobre el inicio del plazo para la presentación de ofertas, teniendo en

cuenta lo relativo a la audiencia de revisión definitiva de riesgos y la de aclaración del pliego. El criterio que expresamos se funda en que la audiencia de asignación de riesgos debe hacerse de manera simultánea con la audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones y dicha audiencia, a solicitud de un interesado, debe hacerse dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, tal como lo señala el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 229 del Decreto-Ley 019 de 2012, modificó el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedó así:

4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.

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 o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, 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. De lo ocurrido en la audiencia, y de ser conveniente para la entidad, se podrá prorrogar por seis días el plazo de la licitación.

Vamos por partes. Las entidades establecen en el cronograma la audiencia de aclaración de pliegos sin esperar a que algún interesado la solicite. Nos parece acertado que este paso del procedimiento de la li-

citación se haya convertido en uso, pues esto garantiza la publicidad y la libre concurrencia de todos los proponentes.

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 días hábiles.

Las entidades deben evaluar el alcance de las modificaciones, una vez las consideraron convenientes. Porque si las modificaciones debatidas y que se consideran convenientes son sustanciales, es decir, no son aspectos puramente aclaratorios del pliego o del cronograma, la entidad, tendría que modificar el estudio previo. Y si ello es así, tendría que revocar el acto de apertura.

Por otra parte, el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 señala que en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. El artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 estipula con claridad que la revisión de asignación de riesgos se realizará en la misma audiencia de aclaración del pliego. Es positiva la norma en la medida en que en un mismo “escenario”, en una misma audiencia, se pueden aclarar aspectos del pliego que, cuando se requiera, podrían plasmarse en una sola adenda.

Por último, consideramos que si como resultado de la revisión se modifica la asignación de riesgos establecida en el pliego, de manera sustancial no cabe una adenda, sino la revocatoria del acto de apertura y el ajuste de lo correspondiente en el estudio previo.

Las modificaciones pertinentes, cuando se refieren a aclaraciones del pliego y ajustes en el cronograma del proceso se expedirán, después de la audiencia, mediante adendas.

El proceso auditor frente a la audiencia señalada debe revisar, entre otros, los siguientes aspectos: 1. Que la audiencia fue establecida en el cronograma dentro del plazo señalado en la norma; 2. Que en la audiencia la entidad haya atendido las aclaraciones del pliego solicitadas y haya dejado constancia de ello en el acta; 3. Revisar que las aclaraciones solicitadas no adviertan circunstancias de fondo que hubieran ameritado reestructurar el proceso; 4. Que las aclaraciones solicitadas hayan quedado resueltas en el desarrollo de la audiencia, en las actas o en las adendas si ha ellas hubo lugar. La forma de verificar esto es

revisando las observaciones que se presentaron con posterioridad a la audiencia. En dichas observaciones se puede determinar si las dudas o aclaraciones fueron resueltas en forma adecuada por la entidad; y 5. Se debe verificar la forma como fueron asignados definitivamente los riesgos en la audiencia. Y si esa nueva asignación significó modificaciones en la matriz de riesgos, que el cambio se haya efectuado en efecto en la misma.

J. Adendas

Solo a partir del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013¹⁴⁸, es que se define el concepto de adenda, a pesar de que aparece desde 1993, en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Esta definición fue compilada por el Decreto 1082 de 2015, por lo que aún se mantiene vigente: “documento por medio del cual la entidad estatal modifica los pliegos de condiciones”¹⁴⁹.

Además de tener en cuenta los criterios de auditoría mencionados en el capítulo que hace referencia a todos las modalidades de selección, consideramos conveniente tener en cuenta esta norma que se aplica a la licitación pública. Se trata del artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 que señala que cuando lo estime conveniente, la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, podrá prorrogar el plazo antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

Con esta modificación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se abre la posibilidad de que un número plural de posibles oferentes puedan solicitar la prórroga del plazo. Es decir, puede solicitarlo cualquier interesado sin que acredite haber realizado observaciones al proyecto de pliego o acredite la asistencia a la audiencia de asignación definitiva de riesgos. Para nosotros cualquier posible oferente se refiere a cualquier persona natural o jurídica que tenga el interés en participar en el proceso. Como es obvio, queda a discreción de la entidad estatal por cuanto la norma expresa: “cuando la entidad lo estime conveniente”¹⁵⁰.

148 *Diario Oficial*, n.º 48.854, de 17 de julio de 2013, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1300366>].

149 Artículo 2.2.1.1.3.1 Decreto 1082 de 2015, cit.

150 El inciso 2.º del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, cit., determina: “Cuando

De conformidad con el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011, en la licitación pública, no podrán expedirse adendas dentro de los tres días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el cierre del mismo. La publicación de dichas adendas debe observar además, lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015.

El mismo decreto permite a las entidades estatales, expedir adendas para modificar el cronograma¹⁵¹, el cual puede hacerse una vez vencido el término para presentar propuestas pero antes de la adjudicación del contrato. Pareciera existir una contradicción entre las normas, ya que el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 determina que no se pueden expedir adendas ni siquiera para extender el cierre del mismo y el Decreto 1082 de 2015 permite la adenda para modificar el cronograma. El principio de legalidad hace que sea aplicable la norma hasta que sea suspendida o salga del ordenamiento jurídico por declaración de la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁵².

K. Cierre del proceso

El cierre es un procedimiento que deben regular las entidades en el pliego de condiciones. Lo primero que se debe señalar con absoluta claridad es el último plazo para la presentación de las ofertas, la hora límite para que se reciban y el lugar en donde se deben entregar. El acto de cierre debe producirse en ese momento. La regulación más común de este procedimiento es la apertura de la urna en donde se han

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". (Resaltado fuera de texto).

151 Artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.: "*Modificación de los pliegos de condiciones. La entidad estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.*

La entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato". (Resaltado fuera de texto).

152 En el mismo sentido ver DEIK ACOSTAMADIEDO. *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección*, cit., p. 186.

depositado las propuestas. La apertura del sobre que las contiene con el propósito de hacer público y llevar en un acta el nombre de los proponentes, el valor de cada una de las propuestas y la verificación de la garantía de seriedad que amparan las mismas.

El Decreto 1082 de 2015 determina que se debe dejar constancia de la fecha y hora de recibo de las propuestas, así como el nombre o razón social de sus proponentes y de los representantes legales, para poder establecer cuál fue la primera oferta en el tiempo¹⁵³. Este deber a las entidades es relevante para determinar las posibles inhabilidades que se pueden presentar en los eventos de los literales g y h del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993¹⁵⁴.

Sin embargo, es muy importante aclarar que la regulación del proceso de cierre debe corresponder con las características de cada licitación. Por ejemplo, como se observa del desarrollo del inciso 2.º del numeral 1 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015¹⁵⁵ faculta a las entidades a la utilizar el me-

153 Artículo 2.2.1.1.2.2.5. del Decreto 1082 de 2015, cit.: “*Inhabilidades con ocasión de la presentación de otras ofertas*. Para efectos de establecer el oferente que debe ser inhabilitado cuando en un mismo proceso de contratación se presentan oferentes en la situación descrita por los literales (g) y (h) del numeral 1 del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 y poder establecer la primera oferta en el tiempo, la entidad estatal debe dejar constancia de la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales”.

154 Artículo 8.º Ley 80 de 1993, cit. “g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación. // h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación”.

155 Artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015, cit.: “*Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública*. Las entidades estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la entidad estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja. // En la fecha señalada en los pliegos de condiciones, los oferentes deben presentar los documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la entidad estatal. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica. // La entidad estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello, para determinar los oferentes que pueden

canismo de subasta inversa, si este es el caso, el sobre que contiene la propuesta económica objeto de subasta, debería abrirse en el momento en el que se va a efectuar la misma.

Como lo manifestamos antes, con la entrada en vigencia del SECOP II el proceso auditor debe verificar que las propuestas hayan cumplido con lo establecido para el cierre del proceso en línea, pero también con aquella parte de la propuesta, que de acuerdo al pliego, debió entregarse físicamente en la entidad.

La Ley 1882 de 2018 establece un procedimiento especial para los procesos de licitación de obra pública. El Parágrafo 2.º del artículo 1.º de la norma señala:

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 puntaje 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.

Por su parte el parágrafo 3.º de la norma citada establece que para estos procesos, el segundo sobre que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación.

El auditor en las licitaciones de obra pública debe verificar en el proceso de cierre, que las propuestas contengan los dos sobres que exige la norma. También debe verificar, cuando se haga uso del SECOP II, que la parte de las propuestas enviadas en línea corresponda a aquellas

continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones. // En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva. // Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta. // En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica. // La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado. // De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso”.

que contienen 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. Además, que la parte de la propuesta que contiene la oferta económica haya sido entregada en sobre cerrado directamente en la entidad, en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones.

Por último, es muy importante que la auditoría verifique la manera como la entidad aseguró los sobres con la oferta económica y los procedimientos que garantizaban que no fueran abiertos y vulnerados antes de su apertura en la audiencia de adjudicación. Estos procedimientos deberían estar regulados en el manual de contratación de las entidades.

L. Evaluación de ofertas

La evaluación de las ofertas debe hacerse de acuerdo a lo determinado por la Ley 1150 de 2007, en el numeral 3 del párrafo 2.º del artículo 2.º, esto es de manera objetiva, aplicando de forma estricta las reglas establecidas en el pliego de condiciones¹⁵⁶.

Como lo ha informado el Consejo de Estado:

El Estatuto de Contratación de la Administración Pública vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, artículo 29 impone a la entidad pública licitante el deber de seleccionar al adjudicatario en forma objetiva. Ese deber, se traduce en la escogencia de la propuesta más favorable entendida no sólo para la Administración sino para los fines de la contratación. Las propuestas que se presenten deberán referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia (num. 6 art. 30). La entidad al adelantar el procedimiento de evaluación y comparación, puede advertir la presencia de errores o irregularidades en las propuestas con relación a los lineamientos contenidos en el pliego de condiciones, ya sea en el aspecto técnico, económico o jurídico. De presentarse esa situación, deberá definir si los errores son o no de carácter sustancial, con el objeto de corregir

156 Paragrafo 2.º artículo 2.º Ley 1150 de 2007, cit. "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. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2 del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2.º y 3.º de la Ley 816 de [7 de julio] de 2003". [*Diario Oficial*, n.º 45.242, 8 de julio de 2003, disponible en (<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1668943>)].

los no sustantivos, de tal forma que no se elimine la propuesta que pueda resultar más favorable. La jurisprudencia se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la evaluación de las ofertas y ha destacado la exigencia legal, relativa a que dicha evaluación debe hacerse con base en la ley de la licitación, cual es la contenida en los pliegos de condiciones, sin negarle a la Administración la posibilidad de corregir las ofertas, en caso de advertir que ellas contengan errores, susceptibles de dicho procedimiento¹⁵⁷.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015, para la evaluación de las propuestas en el proceso de selección por licitación, la entidad puede designar un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose en forma exclusiva a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

El numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 advierte que 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.

Los informes de evaluación deben contener el resultado de la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes y el resultado de la ponderación de los factores de calidad y precio debidamente soportados y de conformidad con lo señalado en el pliego de condiciones.

Las entidades en el desarrollo del procedimiento de evaluación deben tener en cuenta lo señalado en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007. La entidad

157 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 18 de octubre de 2000, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

debe efectuar 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. Y consideramos conveniente que, en el informe de evaluación, se deje constancia del cotejo realizado, tal como lo señala la ley.

El auditor debe verificar, entre otros, los siguientes aspectos: Que la conformación del comité evaluador se haya realizado de conformidad con lo señalado en la ley; Que la evaluación se haya efectuado de conformidad con las reglas y condiciones establecidas en el pliego de condiciones; Que el comité haya realizado la evaluación dentro del plazo fijado en el cronograma. Si no lo hizo en el plazo establecido, que se haya modificado y publicado un nuevo cronograma del proceso, para que dicha modificación esté debidamente sustentada; Para el caso de la licitación de obra pública, el proceso auditor debe verificar que la entidad haya publicado los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Además, debe verificar que el informe permaneció publicado en el SECOP durante cinco días hábiles.

M. Plazo para subsanar

Para definir todo lo relacionado con la “subsanación” de propuestas, se debe tener en cuenta lo que mencionamos antes en el capítulo de criterios de auditoría aplicables a todas las modalidades de selección. Sin embargo, queremos compartir unos criterios sobre el plazo de subsanación, referido de modo específico a la licitación pública de obra pública. Teniendo del todo claro que los defectos de la oferta con relación a los pliegos, la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de oferta no son título suficiente para el rechazo de la oferta, ya que pueden ser solicitados por la entidad estatal en los tiempos establecidos en la norma y los oferentes deben presentar la información o la documentación en el término de traslado de las ofertas¹⁵⁸.

158 Parágrafo 1.º Ley 1150 de 2007, cit. “Modificado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente: La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación

En primer lugar, se debe verificar que durante los cinco días hábiles los proponentes pudieron e hicieron las observaciones que consideraron al informe de evaluación. En segundo lugar, deben verificar que la entidad solicitó de manera adecuada los documentos y la información para subsanación. Teniendo en cuenta que la norma señala que el plazo para subsanar es de cinco días hábiles –igual al plazo para el traslado del informe de evaluación–, debe verificarse que la entidad solicitó los documentos y la información con la debida antelación para permitir que subsanaran dentro del plazo de los cinco días.

En caso que no se subsane en el plazo estipulado, la entidad tiene que rechazar de plano la oferta. Siendo la posición de Colombia Compra Eficiente que el incumplimiento a ese deber conlleva en forma necesaria al rechazo de su oferta¹⁵⁹. Es una carga al oferente que en caso de no cumplirla, pierde el derecho a continuar en el desarrollo del proceso y su posible selección.

N. Traslado del informe de evaluación

El estatuto de contratación señala que los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco 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 sus pro-

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 3.º La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.

159 “La entidad estatal debe evaluar las ofertas de los proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes. En consecuencia, la Entidad Estatal debe rechazar las ofertas de quienes no aclaren, completen o corrijan la información para acreditar los requisitos habilitantes dentro del plazo mencionado”. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*, cit., p. 7.

puestas¹⁶⁰. Esta norma es la que ha regulado lo que se conoce como el traslado del informe de evaluación.

El informe de evaluación es un acto de trámite, no es un acto administrativo en firme que sea susceptible a recursos de vía gubernativa ni a una demanda de nulidad. Pero, a pesar de lo anterior, el estatuto contractual sí exige que el informe sea motivado en forma detallada y precisa¹⁶¹.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 regula la publicidad en el SECOP de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación.

¿Cómo articular estas dos normas? En nuestro criterio el informe de evaluación debe publicarse en el SECOP, solo desde el momento en el que se publicó se pueden contar los cinco días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. Es decir, la publicidad del informe de evaluación se garantiza con más efectividad con la publicación del mismo en el SECOP y no con la permanencia del informe en la secretaria de la entidad por cinco días hábiles.

Los cinco días hábiles deben entenderse como el plazo para que los oferentes presenten observaciones, pues a la larga, el informe quedará publicado en el SECOP hasta dos años después de la fecha de liquidación del contrato o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierto, según corresponda.

Dos últimos criterios para tener en cuenta. La norma de la Ley 80 de 1993 es clara al señalar el plazo de publicación del informe para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. Las entidades deben recibir las observaciones de quienes no son oferentes en cumplimiento del artículo 24 de la ley en comento, es decir, el principio de transparencia. Incluso si se quiere, pueden publicarlas en el SECOP. Pero la respuesta a dichas observaciones no debe realizarse en el marco de la audiencia de adjudicación o antes de ella, pues en la audiencia son los oferentes y no otros interesados quienes pueden

160 Numeral 8 artículo 30 Ley 80 de 1993, cit.

161 *Ibíd.*, artículo 24: “7.º Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los *informes de evaluación*, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”. (Resaltado fuera de texto).

pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad, tal como lo señala el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, es probable que una observación presentada genere la necesidad de subsanar un documento. En este caso la entidad debe requerir al oferente y consideramos que debe darle como plazo máximo de “subsanación” una hora antes del comienzo de la audiencia.

El proceso auditor debe verificar los siguientes aspectos: Que los informes publicados estén completos para que puedan hacerse las observaciones respectivas; Que se otorgue a los interesados en efecto los cinco días hábiles para conocer los informes y controvertirlos cuando a ello haya lugar; Que la entidad responda todas las observaciones realizadas a los informes de evaluación, sin importar si no son efectuadas por los proponentes; Que si las observaciones al informe fueron sustentadas, no sólo se haya modificado el mismo, sino que se hubiera permitido la “subsanación” que no se efectuó por error de la entidad, porque sólo se conoció la circunstancia que la ameritaba en las observaciones presentadas.

Con respecto a la licitación para la contratación de obra pública, se debe verificar que el traslado del informe de evaluación sea de cinco días hábiles. Verificar que al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunció sobre las observaciones y publicó el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica. Para estos procesos se debe verificar también que el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantuvo cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se pudieron hacer observaciones al informe de evaluación.

O. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación

No queda claro en las normas cuál es el momento para que la entidad de respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación. Algunas lo hacen en la misma audiencia de adjudicación y otras antes de ella.

En nuestro criterio, las respuestas deben darse antes de la audiencia de adjudicación y deben publicarse en el SECOP. Esto permite que los proponentes conozcan las respuestas para analizarlas y estudiarlas y preparar de manera adecuada los pronunciamientos que sobre las

mismas harán en la audiencia pública. Sin duda este criterio contribuye con la transparencia del proceso y el adecuado desarrollo de la audiencia de adjudicación. El auditor debe verificar que la entidad le haya dado respuesta a las observaciones al informe de evaluación. Sumado a lo anterior, verificar que se hayan hecho los cambios al informe definitivo cuando a ello había lugar.

Con respecto a la contratación de obra pública, el auditor debe verificar que la entidad haya dado las respuestas al informe de evaluación y que también las haya dado, en forma adecuada, a las observaciones presentadas en la audiencia de adjudicación frente al informe definitivo.

P. Audiencia de adjudicación

La fecha de la audiencia de adjudicación se determina en los pliegos de condiciones de acuerdo con criterios de “naturaleza, objeto y cuantía” del proceso contractual¹⁶². Por necesidades de la administración, el plazo para efectuar la audiencia de adjudicación podrá prorrogarse hasta por la mitad del inicialmente pactado¹⁶³.

El artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007 establece que la licitación pública se adjudica de forma obligatoria en audiencia pública, tanto en el caso del numeral 10 de la Ley 80 de 1993 (art. 273 de la Constitución Política)¹⁶⁴ como en todos los demás casos¹⁶⁵.

La Corte Constitucional determinó, con relación al inciso primero del artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007 –relacionado con la obligatoriedad de adjudicar en audiencia pública– que era una facultad del Congreso, dentro de sus competencias de configuración legislativa y que por lo tanto, incluso, podía volverlo obligatorio en todos los eventos:

162 Inciso 1.º numeral 9 artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

163 *Ibíd.*, inciso 2.º artículo 9.º

164 *Ibíd.*, numeral 10 artículo 30: “En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública”.

165 Artículo 9.º Ley 1150 de 2007, cit. “*De la adjudicación*”. 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”.

El artículo 273 de la Constitución Política establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, y para ello, en el primer inciso se establece la posibilidad de que el Contralor General u otra autoridad de control fiscal ordenen que el acto de adjudicación de un contrato sometido a licitación pública se realice dentro de una audiencia pública convocada para el efecto, decisión que la referida autoridad deberá tomar siempre que medie solicitud en tal sentido presentada por uno cualquiera de quienes participan como proponentes en el proceso de selección de que se trate; en tanto, en el segundo inciso defiere a la ley la regulación de varios importantes aspectos relativos a la celebración de estas audiencias, particularmente la manera como se realizará la evaluación de las propuestas, las condiciones bajo las cuales se realizará la audiencia y los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública. Se observa que el precepto superior analizado plantea una forma de reparto competencial que es de frecuente uso en el derecho colombiano y en las normas jurídicas en general, consistente en que desde un nivel normativo y funcional superior (en este caso el poder constituyente) se establecen unos mínimos de carácter obligatorio en torno al cumplimiento de un determinado requisito, atribuyendo al siguiente nivel competencial y normativo (que en el caso de autos es el poder legislativo) la posibilidad de ampliar esos mínimos, siempre que a su criterio, ello resulte apropiado. De donde se concluye que el Congreso de la República tiene atribuida la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, por lo que cualquier determinación que en este sentido tome el órgano legislativo es igualmente válida, que incluye la de tornar este requisito en universalmente obligatorio¹⁶⁶.

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad estatal debe realizar la audiencia pública en la fecha y hora establecida en el cronograma, la cual se efectuará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación. En ningún caso, esta posibilidad implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta.

En caso de presentarse pronunciamientos que a juicio de la entidad requieran de análisis y cuya solución podría incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia podrá ser suspendida por el término

166 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-380 de 2008, cit.

necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

2. Se podrá conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, con el objeto de replicar las observaciones que sobre la evaluación de su oferta se hayan presentado por los intervinientes.

3. Toda intervención deberá ser hecha por la persona o las personas antes designadas por el oferente, además estará limitada a la duración máxima que la entidad haya señalado en forma previa.

4. Se podrá prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación del proceso, siempre que la entidad lo haya publicado en el SECOP con antelación.

5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda y se notificará a los presentes de conformidad con el artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007.

Al respecto tenemos las siguientes consideraciones. Lo primero que hay que verificar en el proceso auditor, es que la entidad haya fijado las reglas de la audiencia en concordancia con los criterios señalados en la norma. Pero además, debe verificar que dichas reglas se hayan establecido en el pliego de condiciones para garantizar la publicidad de todos los procedimientos que se van a llevar a cabo en el desarrollo de la licitación.

En la licitación para contratar obra pública –además de los criterios legales señalados– se debe verificar que se haya realizado en forma adecuada la apertura del sobre que contiene la oferta económica, se haya permitido hacer las observaciones al informe y verificar que se hayan dado las respuestas. Se debe verificar en la auditoría que se evaluó la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se estableció en los pliegos de condiciones. Que se le dió traslado a los proponentes habilitados para la revisión del aspecto económico y que, como resultado de ello, se estableció el orden de elegibilidad.

De esta audiencia pueden ocurrir dos circunstancias: que se adjudique el contrato al proponente con el mayor puntaje o que se declare desierta. Se puede adjudicar en el caso que solo se presente un único proponente si este cumple con los requisitos que se exigieron en el pliego de condiciones.

La declaratoria de desierta se realiza por acto administrativo motivado, y de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se debe hacer por motivos y causas que no permitan realizar una escogencia objetiva y el acto administrativo debe contener “en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”¹⁶⁷.

Q. Acto de adjudicación

El acto de adjudicación debe ser una resolución motivada que se entenderá notificada al proponente favorecido en la audiencia de adjudicación. De acuerdo al artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007 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 mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato dentro de los 15 días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea también favorable para la entidad.

Se recomienda revisar los criterios de auditoría expresados, en cuanto al acto de adjudicación, en el capítulo de criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

R. Contrato, contenido y suscripción

El estatuto contractual, siguiendo su filosofía, dio un amplio margen a los operadores del proceso contractual para determinar el contenido del contrato estatal, tan es así que salvo las cláusulas excepcionales, no se regula ningún otro tipo de estipulaciones obligatorias.

El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite a las partes por medio de su autonomía, estructurar los contratos que se requieran para cumplir con los fines que busca tanto la entidad estatal como los fines del Estado. Las estipulaciones son las propias a las “que de acuerdo con las

167 Numeral 18 artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cit.

normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”¹⁶⁸.

Hay un listado de contratos que nos trae el estatuto contractual, como son los de obra, concesión, servicios profesionales y de apoyo a la gestión, fiducia y encargo fiduciario y consultoría, que para el legislador fueron importante desarrollar, por considerar relevantes para la administración pública, pero que no son todos los que pueden desarrollar las entidades estatales, sino que es un listado que consideramos relevante determinar por la importancia que ellos tienen para la contratación estatal. Las entidades estatales pueden celebrar todos los contratos que se encuentran en el Código Civil y Comercial, los que se creen por la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales.

Así mismo, lo reitera el inciso 3.º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, con las limitaciones propias relacionadas con las normas, el orden público y la buena administración:

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.

168 Artículo 40 Ley 80 de 1993, cit.: “*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. 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. // Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales”.

Esto es el desarrollo del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el cual el derecho privado regula las relaciones de los contratos, salvo norma especial incluida en el Estatuto Contractual.

La norma tiene dos limitaciones: 1.º No se pueden pactar anticipos ni pagos anticipados por más de un 50% del valor del contrato; y 2.º No se podrán adicionar los contratos en más de un 50% del valor inicial expresado en salarios mínimos.

Con relación al perfeccionamiento del contrato, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.

El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe indicar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo. La claridad en este plazo es importante pues como lo señala el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, 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 15 días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea también favorable para la entidad.

El proceso auditor debe verificar que el contrato se haya suscrito en las condiciones establecidas en el pliego del condiciones y en el plazo señalado en el cronograma del proceso.

S. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

La norma expresa que para la ejecución del contrato se requiere de las disponibilidades presupuestales, pero como lo observamos antes, el certificado presupuestal es un acto de constatación presupuestal a diferencia de el registro presupuestal, que si coloca en cabeza del contratista el recurso (se compromete el recurso para ese contrato y para ese contratista)¹⁶⁹. Lo que se requiere para la ejecución del contrato es contar con el registro presupuestal, ya que con este documento existen recursos para la ejecución de ese contrato específico.

El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar otros criterios de auditoría, establecidos en el capítulo que señala aquellos aplicables a todas las modalidades de selección.

II. CRITERIOS DE AUDITORÍA PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, la selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en “que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual”.

Compartimos la posición de DAVILA VINUEZA, relacionado con la forma antitécnica por medio de la cual se definió la selección abreviada por parte del legislador ya que, en primer lugar, es demasiado amplia y lleva a impresiones, porque lo que debió determinarse son las causas, en palabras de dicho autor:

Es absurdo de exteriorizar que es una modalidad de selección objetiva con lo cual da a entender frente a una lectura desprevenida y gramatical de la norma, que dicha característica es propia de este proceso y no de los demás abarcando la contratación directa, máxime que el artículo 2.º respecto de la

169 Ver *supra*, “Certificado de disponibilidad presupuestal”.

licitación pública, concurso de méritos y contratación directa nada dice sobre el particular.

Al ser un procedimiento de exceptivo a la regla general de la licitación pública, bastaba simplemente reseñar claramente las causales en las que procede la selección abreviada¹⁷⁰.

Las siguientes, según el numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, son las causales de la selección abreviada:

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

b. La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales.

170 DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, cit., p. 465.

c. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de [9 de enero de] 2007^[171], la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

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

e. La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de [20 de diciembre de] 1995^[172].

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

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

h. Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamiento violentos de diferente tipo, Y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo.

i. La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Las entidades en su gestión contractual cotidiana acuden, de manera reiterada, a dos de las causales antes enunciadas. Por ello a continuación explicamos el paso a paso por medio del cual se deben desarrollar los procedimientos de selección abreviada tanto para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes

171 *Diario Oficial*, n.º 46.506, de 9 de enero de 2007, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674413>].

172 *Diario Oficial*, n.º 42.159, de 21 de diciembre de 1995, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1656416>].

y de común utilización, a través de subasta inversa, como para la contratación de menor cuantía. Indicaremos algunas fuentes normativas y algunos criterios prácticos que consideramos relevantes.

A. Criterios de auditoría para el proceso de selección abreviada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por medio de subasta inversa

El concepto de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que nos trae la norma es el de aquellos que: “corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y *calidad objetivamente definidos*”¹⁷³. Concepto similar al traído por el Decreto 1082 de 2015:

Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007¹⁷⁴.

Esos bienes son aquellos tales como: papelería, cuadernos, esferos, lápices, todo lo de cocina, todo lo que son muebles, servicios, etc. Los procedimientos que se pueden utilizar para la selección del contratista para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización son los siguientes: 1. Subasta Inversa; 2. Acuerdos marcos de precio; y 3. Adquisición de bolsa de productos.

Para efectos de nuestro análisis, como lo dijimos antes, vamos a hacer el estudio únicamente de el procedimiento de subasta inversa que es la que es más recurrente en las entidades estatales. Dejando claro que el único factor de selección para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (in-

173 Literal a del numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, cit.

174 Artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

cluida la subasta inversa), como lo trae el parágrafo 3.º artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, es el menor precio.

1. Estudio previo

En el capítulo de criterios de auditoría aplicables a todas las modalidades de selección se presentaron los principales frente a la forma como se deben realizar estos. En cuanto a la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, consideramos conveniente tener en cuenta lo siguiente.

El artículo del Decreto 1082 de 2015, que regula los estudios y documentos previos, señala que se deben tener en cuenta todos los elementos señalados en esta norma, además de los que se deben incluir para cada modalidad de selección. Consideramos que los criterios que debe tener presente el auditor con respecto al estudio previo de un proceso de subasta inversa, además de los señalados en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del decreto en mención, todos los enunciados en el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del mismo decreto y que según lo determinado por esta última norma, se deben incluir en el pliego de condiciones. Es decir, consideramos que el proceso auditor del estudio previo en un proceso de subasta inversa debe revisar, entre otros:

– Que la ficha técnica del bien o servicio incluya: a. La clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; b. La identificación adicional requerida; c. La unidad de medida; d. La calidad mínima; y e. Los patrones de desempeño mínimos.

– Si el precio del bien o servicio es regulado, se debe verificar que se haya establecido la variable sobre la cual se hizo la evaluación de las ofertas. En otras palabras, la variable sobre la cual se realizó la puja dinámica.

– Verificar si se definió de manera adecuada el contenido de cada una de las partes o lotes, si la adquisición se hizo por partes.

No son pocas las voces que se han manifestado para afirmar que la subasta inversa es un procedimiento que conlleva, de modo inevitable, a la adquisición de bienes y servicios de baja calidad en razón a que el proceso se le adjudica no a la mejor calidad ofrecida sino al menor precio.

Pues bien, la forma que tiene la auditoría para verificar ello, es precisamente evaluando la forma como se realizó y estableció la ficha técnica. De esta manera, la supervisión del contrato y la propia auditoría cuentan con un instrumento para verificar que las características técnicas del bien o servicio que solicitó la entidad, coinciden con las que entregó el contratista.

Las entidades deben tener presente que la ficha técnica debe ser exacta y precisa en las características técnicas solicitadas. Es decir, en el ejemplo de una adquisición de unos vehículos no se puede establecer en la ficha técnica que el cilindraje se encuentre entre 1.500 y 2.000 centímetros cúbicos. Por denominarlo de alguna manera, la ficha técnica debe ser cerrada, es decir, debe tener unas especificaciones exactas, para que las propuestas por lo único que se diferencien sean por el precio. Eso también supone que la entidad solicita una cantidad determinada y el posible contratista solo puede ofrecer dicha cantidad, so pena de que la propuesta sea rechazada por no cumplir los requisitos técnicos. El proceso auditor debe verificar que la ficha técnica cumpla con estas condiciones y características.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

Además de lo indicado sobre el certificado de disponibilidad presupuestal en los requisitos previos comunes al inicio de este trabajo, una vez establecido en el estudio previo la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratistas y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, la afectación preliminar mientras, se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996 ya citado, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento, afecta de manera preliminar el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar

los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades. Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso auditor debe verificar que el certificado de disponibilidad presupuestal cumpla con lo señalado antes.

3. Verificación de la forma como esta estructurado el proyecto de pliego de condiciones

Las entidades, una vez definida la necesidad y las condiciones generales y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla, deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato. El proceso auditor debe verificar la forma como la entidad estructuró el proyecto de pliego de condiciones.

Para ello, como lo informamos antes, debe tenerse en cuenta que el proyecto de pliego de condiciones, además de contener lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, debe contener lo señalado, en particular para la adquisición de bienes y servicios uniformes, lo señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del mismo decreto, es decir: 1. La ficha técnica del bien o servicio que debe incluir: a. La clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; b. La identificación adicional requerida; c. La unidad de medida; d. La calidad mínima; y e. Los patrones de desempeño mínimos. 2. Si el precio del bien o servicio es regulado, la variable sobre la cual se hace la evaluación de las ofertas. En otras palabras, la variable sobre la cual se realiza la puja dinámica. Y 3. Definir el contenido de cada una de las partes o lotes, si la adquisición se pretende hacer por partes.

En la auditoría es importante tener en cuenta si se establecieron las reglas fundamentales del proceso de subasta. Las reglas básicas para tener en cuenta son: 1. Fecha y hora de inicio de la subasta; 2. Determinación del margen mínimo de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables. Hay entidades que han entendido el margen mínimo de mejora de ofertas como un porcentaje y otras como una cifra. Consideramos que las dos son correctas. Importante es que, para efectos prácticos, el margen mínimo de mejora de ofertas sea razonable, es decir, ni muy bajo que implique una subasta interminable, ni muy alto que excluya a la mayoría de proponentes; 3. El tiempo para que cada proponente presente el lance de mejora de precios; 4.

Señalar con claridad que el proponente que no presente lance, será excluido del proceso. Esto evita que un proponente pretenda “pasar” en una ronda sin hacer propuesta de mejora de oferta; 5. La entidad debe estructurar la subasta inversa de manera que antes de la adjudicación, los participantes en la subasta no identifiquen las ofertas y los lances con el oferente que los presenta; 6. De igual manera, se debe verificar si la entidad en el pliego de condiciones señaló si adelanta la subasta inversa electrónica o presencial. Si la entidad decidió adelantar la subasta por medios electrónicos, debió fijar en el pliego de condiciones el sistema que utilizaría para la subasta inversa y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos.

Se sugiere revisar otros criterios de auditoría establecidos en el capítulo que señala aquellos aplicables a todas las modalidades de selección.

4. Aviso de convocatoria

El proceso auditor frente al aviso de convocatoria debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

El artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015 señala que en los procesos de selección abreviada se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el SE-COP y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de una selección abreviada-procedimiento de subasta inversa, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, entre otros.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Es importante tener en cuenta las consideraciones expuestas que, sobre el aviso de convocatoria, se hicieron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

No se hace otro tipo de avisos como se realiza con relación a la licitación pública, hasta tres avisos¹⁷⁵, porque no aplica en los procesos de selección abreviada

175 Numeral 3 artículo 30 Ley 80 de 1993, cit.

5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015 establece el término para presentar observaciones al proyecto del pliego de condiciones, con lo cual se concluye que para los procedimientos de selección abreviada-subasta inversa, el proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con cinco días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura. Así mismo, señala que la publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección¹⁷⁶.

Es importante tener en cuenta, en el proceso auditor, las consideraciones generales expuestas sobre la publicación del proyecto de pliego, que se realizaron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido por el Decreto 1082 de 2015¹⁷⁷, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término señalado en la norma citada, que para el caso de la selección abreviada, no puede ser inferior a cinco días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, consideramos que la aceptación o el rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada, para lo cual la entidad agrupará las observaciones de naturaleza común.

El auditor, además de estas consideraciones, debe tener en cuenta aquellas generales que, sobre las observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones, fueron expuestas en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

176 Artículo 8.º Ley 1150 de 1993, cit.

177 Artículo 2.2.1.1.2.1.4 Decreto 1082 de 2015, cit.

7. Acto de apertura

El artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección.

El proceso auditor debe verificar que en el acto administrativo se señaló, entre otros: El objeto de la contratación a realizar, indicación de que se trata de un proceso de selección abreviada-procedimiento de subasta inversa, el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

El proceso de selección abreviada-subasta inversa puede tener variaciones en el cronograma si, por ejemplo, no se encuentran habilitados mínimo dos proponentes para participar en la subasta, en la puja dinámica. Como recomendación, consideramos que el auditor debe verificar que el cronograma se estableció como lo señala la ley, sin consideración de ninguna situación hipotética. En la resolución, como lo hemos señalado, debe establecerse que el cronograma podrá modificarse mediante adendas y que dichas modificaciones se entenderán incorporadas al acto de apertura. Esto también debe verificarlo el auditor.

Es importante tener en cuenta, para el desarrollo de la auditoría, las consideraciones generales que, sobre el acto de apertura, fueron expuestas en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

8. Publicación del pliego definitivo

El proceso auditoría debe verificar que, de manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura, se publicó en el mismo SECOP el pliego definitivo de la selección abreviada-subasta inversa.

9. Publicación de las adendas

Las adendas para el proceso de selección abreviada de subasta inversa deben expedirse en días hábiles de 7:00 a. m. a 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al del vencimiento de presentar ofertas¹⁷⁸.

10. Cierre del proceso

Para la verificación del cierre del proceso, la auditoría debe tener en cuenta: a. Que en el momento señalado en el pliego de condiciones, los proponentes presentaron una propuesta completa que debía contener dos partes. En la primera, en la cual el interesado acreditó su capacidad de participar en el proceso de contratación y acreditó el cumplimiento de la ficha técnica, y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente. Esto supone que la oferta se debió presentar en dos sobres. Cualquiera que sea el procedimiento de cierre, se debe tener presente que el sobre que contiene el precio inicial propuesto, solo será abierto en el momento de empezar la subasta, en las condiciones establecidas en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015; y b. Teniendo en cuenta que el precio inicial propuesto solo lo conoce la entidad al momento de abrir los sobres comenzando la subasta, es importante que en el procedimiento de cierre no se estableciera, por ejemplo, que la entidad abriría y verificaría, con los asistentes, la garantía de seriedad de la oferta, pues en ella puede hacerse referencia al valor de la propuesta y perdería su reserva.

11. Verificación de los requisitos habilitantes-subsanación de documentos-publicación del informe

El comité evaluador comienza la evaluación con la verificación de los requisitos habilitantes, ya que el proceso cuenta con dos sobres que serán analizados en diferente momento por los evaluadores. Es decir, al verificar que los proponentes cuenten con la capacidad jurídica, financiera, capacidad de experiencia y organización. También deben constatar que se acredite el cumplimiento de la ficha técnica. El auditor debe verificar que la evaluación se haya realizado en los terminos señalados.

178 Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Decreto 1082 de 2015, cit.

También se debe verificar que antes de publicar el informe de habilitación de los oferentes, se requirió a los proponentes que debían “subsana”, enmendar o rectificar algún documento de los requisitos habilitantes¹⁷⁹. Es importante tener en cuenta las consideraciones y criterios generales de auditoría que, sobre la subsanabilidad, fueron expuestos en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

El proceso auditor debe verificar que se haya publicado el informe de habilitación de los oferentes, en el cual se debió indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplieron con la ficha técnica y si el oferente se encontró habilitado. Dicho informe debió publicarse en el SECOP.

El plazo para subsanar en el proceso de selección abreviada de menor cuantía es hasta antes que se realice la subasta, creemos que la norma no permite a la administración fijar plazo para la subsanación un obligatorio mínimo, por cuanto la norma determina que se deberán solicitar hasta antes de que esta circunstancia ocurra¹⁸⁰.

La norma no establece el plazo por el cual se le da traslado al informe para que los oferentes presenten observaciones al mismo. Consideramos que ese plazo debe establecerse en el cronograma del proceso y debe ser similar al establecido para la selección abreviada- contratación de menor cuantía, en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015, es decir, de tres días hábiles. El auditor debe verificar que se haya establecido un plazo razonable para el traslado del informe de evaluación.

El auditor debe tener en cuenta lo que hemos considerado adecuado frente a lo que puede ocurrir con las observaciones. En ese sentido reiteramos que, en nuestro criterio, si las observaciones de los oferentes ameritan que se enmienden o rectifiquen unos documentos habilitantes, la entidad debe requerir al oferente y otorgar el plazo para subsanar, que por lo menos debe ser una hora antes de que se inicie la audiencia de la subasta. De todos modos consideramos como criterio

179 *Ibíd.*, numeral 3 artículo 2.2.1.2.1.2.2.

180 Parágrafo 4.º Ley 1882 de 2018, cit. “Parágrafo adicionado por el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente: 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”.

de transparencia y eficiencia que la entidad no debe aplazar la realización de la subasta. Porque lo que se requiere subsanar o enmendar es algo mínimo. Es salir de una pequeña duda, pues esa solicitud fue producto de una observación y no de la verificación hecha por la entidad. El aplazamiento puede ser visto como una forma de favorecer en forma indebida al proponente que no presentó la propuesta en forma completa y adecuada.

Ahora bien, pudieron presentarse dos escenarios que el auditor debe tener presente de la forma como debe adelantar el proceso de verificación. El primero, cuando luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, cuando a ello haya lugar, quedan habilitados mínimo dos proponentes, situación en la que la entidad procederá a llevar a cabo la subasta en la fecha y hora señalada en el cronograma; y el segundo escenario, cuando luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, cuando a ello haya lugar, queda habilitado solo un proponente, no hay lugar a la subasta, la entidad procederá a abrir el sobre que contiene la propuesta económica y si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, debe adjudicarle el contrato, el Decreto 1082 de 2015 dice que puede adjudicarle, pero ¿cuál sería el motivo para no adjudicarle a un proponente que cumple con los requisitos exigidos? Se debe hacer lo mismo cuando hay un único oferente.

El auditor debe tener presente el espíritu de la norma, de lo que busca la modalidad de selección y en especial, lo establecido en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del decreto citado que establece que para que una subasta pueda llevarse a cabo, deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos proponentes.

12. Audiencia pública para la realización de la subasta presencial o electrónica

El procedimiento para la subasta inversa debe seguir, entre otros, los siguientes parámetros, que se deben tener en cuenta en el desarrollo del proceso auditor: a. La subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes y en consecuencia, solo serán válidos los lances efectuados durante la subasta inversa en los cuales la oferta sea mejorada en por lo menos el margen mínimo establecido en el pliego

de condiciones¹⁸¹; b. Los lances deben hacerse dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones; c. Al terminar la presentación de cada lance, la entidad debe informar el valor del lance más bajo¹⁸²; d. Los proponentes que no presentaron un lance válido no podrán seguir presentándolos durante la subasta; e. La entidad repetirá el procedimiento descrito en los anteriores literales, en tantas rondas como sea necesario, hasta que no se reciba ningún lance que mejore el menor precio ofertado en la ronda anterior; f. Si los oferentes no presentan lances, se le adjudica al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo¹⁸³; g. Previo a la adjudicación la entidad debe velar porque los participantes en la subasta no identifiquen las ofertas y los lances con los oferentes que las presentan¹⁸⁴. Para que no exista colusión con los contratistas; h. La entidad debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el lance más bajo; i. Si al terminar la subasta hay empate, la entidad debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir empate, la entidad debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015¹⁸⁵; y j. Una vez adjudicado el contrato, la entidad hará público el resultado del certamen incluyendo la identidad de los proponentes y el precio del último lance presentado por cada uno de ellos¹⁸⁶.

Los procedimientos están regulados con claridad en el reglamento. Las entidades no deben tener problemas en el cumplimiento de los procedimientos de conformidad con lo establecido en las leyes y decretos reglamentarios. Las dificultades y las dudas se han presentado en las diferentes situaciones que se pueden dar en la audiencia de subasta, tanto en el procedimiento presencial como en el electrónico.

Veamos algunas de esas situaciones que debe tener en cuenta el auditor para verificar en forma adecuada el proceso para garantizar siempre los criterios de eficiencia y transparencia.

181 Numeral 6 artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

182 *Ibíd.*, numeral 8 artículo 2.2.1.2.1.2.2.

183 *Ibíd.*, numeral 7 artículo 2.2.1.2.1.2.2.

184 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.2.3.

185 *Ibíd.*, numeral 9 artículo 2.2.1.2.1.2.2.

186 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.2.4.

¿Qué hacer cuando se abre la propuesta inicial de precio y no se cotizan todos los ítems solicitados?

Para que los proponentes puedan participar en la subasta, sus propuestas económicas deben cotizar todos los ítems solicitados. La propuesta que no cumple con ello debe ser rechazada. También la propuesta económica que, por ejemplo, ofrece mayor cantidad de bienes debe ser rechazada, así el valor sea inferior al del presupuesto oficial. La razón es sencilla, es una propuesta que no es comparable para realizar una selección objetiva y no cumple con lo que se exige en el pliego. De todos modos es conveniente dejar esta circunstancia determinada en los pliegos de condiciones.

¿Qué hacer con los sobres de la propuesta económica de los proponentes que no asisten a la audiencia de subasta o participan en línea de la misma?

Se deben abrir todos los sobres, incluso los de los proponentes que no asistieron. En cumplimiento a lo estipulado en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, se deben abrir los sobres de todas las ofertas iniciales de precio recibidas, pues para iniciar la subasta, la entidad tendrá que dar a conocer el menor precio ofrecido, el cual será el precio de arranque que los oferentes deberán mejorar con sus lances.

En este sentido, si solo abren los sobres de los asistentes presentes, podría suceder que la oferta inicial de precio se encuentre en el sobre no abierto y por lo tanto, se podría llegar a adjudicar el contrato no al menor valor ofrecido, lo que estaría en abierta contradicción con lo señalado en el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007.

Si un proponente no asiste a la audiencia de subasta o no participa en línea en la subasta electrónica o no hace ningún lance válido, se debe entender que el precio de la oferta inicial es su precio final de oferta.

¿Qué hacer cuando ningún proponente asiste a la subasta de manera presencial o en línea?

La entidad debe abrir los sobres con la propuesta económica y adjudicar el contrato al proponente que ofreció el menor valor. Esto se fundamenta en el numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de

2015 que señala que “si los oferentes no presentan lances durante la subasta, la entidad estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial mas bajo”.

¿Qué pasa cuando a la subasta solo asiste un proponente o solo se conecta en línea un proponente?

En este caso la entidad debe abrir todos los sobres, verificar que cumplan con la cotización tal como la exige el pliego y dar a conocer y fijar como precio de arranque el menor valor ofrecido.

El proponente que asistió o que se encuentra en línea tendrá que hacer, al menos, un lance válido contra el menor valor ofrecido. A menos que el menor valor señalado por la entidad sea el precio inicial de su oferta y tome la determinación de no hacer ningún lance, caso en el cual el proceso se adjudicaría.

Ahora bien, se puede presentar una situación en la que el precio inicial de varios oferentes coincida con el menor valor. En ese caso, si el único asistente a la subasta no hace al menos un lance válido, quedan empatados y tendrán que desempatar aplicando las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

13. Adjudicación

El proceso auditor debe verificar que la subasta terminó cuando los oferentes no hicieron lances adicionales durante el período para la presentación de lances. La entidad debió adjudicar el contrato al oferente que hizo el lance más bajo. En el acto de adjudicación, la entidad debió indicar el nombre de los oferentes y el precio del último lance presentado por cada uno de ellos¹⁸⁷.

Para nosotros es claro que la adjudicación no es en audiencia pública, pues la norma señala que la subasta “termina cuando los oferentes no hagan lances adicionales durante un periodo para la presentación de lances”. En ese orden de ideas, se debe verificar que la audiencia terminó y luego la entidad expidió el acto de adjudicación.

187 Artículo 2.2.1.2.1.2.4 del Decreto 1082 de 2015, cit.

Cuando sólo hay un oferente, único proponente o único habilitado y se cumple lo estipulado en el artículo 2.2.1.2.1.1.1 del citado decreto, la entidad expedirá el acto de adjudicación que por supuesto no se realiza en audiencia pública.

Recomendamos tener en cuenta las consideraciones generales que sobre la auditoría al acto de adjudicación, fueron expuestas en el capítulo de los criterios de auditoría a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

14. Ajustes al proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones

La auditoría debe verificar que se realizaron los ajustes a los valores de los ítems contemplados en el cuadro de cantidades, de conformidad con el último valor ofertado en la subasta. Las entidades pasan por alto esto y celebran los contratos sin la incorporación de la propuesta ajustada al valor del menor lance válido que fue objeto de la adjudicación. El ajuste a los valores a los ítems es necesario por cuanto la minuta debe incluir el cuadro de cantidades con los valores finales que el proponente haya ofrecido en la subasta. De esta manera se da cumplimiento a lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que señala el contenido del contrato estatal.

15. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe señalar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo.

16. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el

contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Es importante tener en cuenta las consideraciones generales que sobre la auditoría a la verificación de requisitos de ejecución del contrato, fueron expuestas en el capítulo los criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

B. Criterios de auditoría para el proceso de selección abreviada de menor cuantía

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, una de las causales para optar por la selección abreviada es la contratación de menor cuantía. De conformidad con el literal b de la norma citada, se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales. Este es el primer aspecto que se debe verificar en la auditoría. La cuantía del contrato y que este se ajuste a lo señalado en la ley para que pueda aplicarse la modalidad de selección.

De acuerdo con la norma, la menor cuantía será la siguiente:

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales¹⁸⁸.

El procedimiento de contratación esta consagrado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015.

A continuación presentamos el paso a paso del procedimiento, señalando las fuentes normativas y algunas observaciones que consideramos pertinentes para tener en cuenta en el desarrollo del proceso auditor:

1. Estudio previo

En el capítulo de estudios previos se presentaron los principales criterios de auditoría que se deben tener en cuenta para verificar la forma como la entidad realizó estos. En cuanto a la selección abreviada para la contratación de menor cuantía, consideramos conveniente tener en cuenta los siguientes criterios para hacer más efectiva la auditoría.

De nuevo reiteramos la necesidad de que se verifique si el bien o servicio no esta en aquellos considerados de características técnicas uniformes y de común utilización. De ser así, el procedimiento de selección no debería haber sido la contratación de menor cuantía, sino la subasta inversa, la adquisición en bolsa de productos o compra por catálogo derivada del acuerdo marco de precios. En la justificación de la modalidad de selección se han presentado dudas en cuanto a las variaciones del presupuesto que se presentan durante la vigencia de un año fiscal.

Al respecto vale la pena tener presente que la auditoría debe verificar que la modalidad de selección se debe establecer y justificar con el presupuesto vigente en el momento en el que se va a realizar el contrato.

Es importante tener en cuenta las consideraciones generales que, sobre el desarrollo de la auditoría a los estudios previos, fueron expuestas en el capítulo sobre los criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

188 Literal b numeral 2 artículo 2.º Ley 1150 de 2007, cit.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

En el marco de la auditoría, al verificar el certificado de disponibilidad presupuestal, se debe tener en cuenta todos los criterios ya expuestos antes. Entre ellos, los siguientes: Una vez establecido en el estudio previo, la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la elección del contratistas y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, es decir, la afectación preliminar mientras se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996 ya citado, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta de modo preliminar el presupuesto, mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.

3. Estructurar el proyecto de pliego de condiciones

Las entidades, una vez definida la necesidad, las condiciones generales y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla, deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato. La auditoría debe verificar la forma como se estructuró el proyecto de pliego de condiciones y en particular, para esta modalidad de selección, lo referente al cronograma del proceso en los siguientes términos.

En la verificación se debe revisar que se haya estructurado el cronograma del proceso teniendo en cuenta tres plazos particulares de la selección abreviada-menor cuantía. El primero de ellos para la manifestación de interés. El segundo con respecto a la fecha de presentación de ofertas (y si hay lugar a sorteo) y el tercero corresponde al plazo de publicación –traslado– del informe de evaluación.

En el pliego se debe señalar con claridad el mecanismo –que debe ser de fácil aplicación– por medio del cual los interesados pueden manifestar su intención de participar en el proceso. También deben señalar las entidades en el pliego de condiciones si realizarán sorteo, en el evento en que manifiesten interés más de diez interesados.

Sumado a estos elementos, la auditoría debe observar los criterios que para la estructuración del pliego, fueron expresados en el capítulo aplicable a todas las modalidades de selección.

4. Aviso de convocatoria

La principal regla es que para los procesos de selección abreviada se hará convocatoria pública¹⁸⁹. El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el SECOP y contendrá, entre otra, la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de una selección abreviada-contratación de menor cuantía, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Es importante tener en cuenta las consideraciones expuestas sobre el aviso de convocatoria que se hicieron en el capítulo de criterios de auditoría, que se realizaron sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

La auditoría debe tener en cuenta que para la selección abreviada los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliego de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos durante cinco días hábiles¹⁹⁰. Con lo cual el proyecto de pliego de condiciones antes de la apertura del proceso debió publicarse durante cinco días hábiles como mínimo.

189 Artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

190 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.1.4.

6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido por la norma, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo, para el caso de la selección abreviada, no puede ser inferior a cinco días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada. Como lo manifestamos antes, consideramos que si bien la entidad debe darle respuesta a todas las observaciones presentadas al proyecto de pliego, para el pliego de condiciones definitivo solo debe tener en cuenta aquellas que se hicieron en el plazo señalado. Estos criterios debe tomarlos en consideración el proceso auditor en el momento de hacer la respectiva revisión de la forma como la entidad atendió las observaciones al proyecto de pliego.

7. Acto de apertura

El artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección.

El acto administrativo señalará entre otros: El objeto de la contratación a realizar; el señalamiento de que se trata de un proceso de selección abreviada-contratación de menor cuantía, el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

Se recomienda tener en cuenta las consideraciones expuestas sobre la forma de adelantar la verificación del acto de apertura, que se hicieron en el capítulo sobre los criterios de auditoría de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

8. Publicación del pliego definitivo

Debe verificarse que de manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura, se publicó en el mismo SECOP el pliego definitivo de la selección abreviada-contratación de menor cuantía.

9. Manifestación de interés

En un término no mayor a tres días hábiles contados a partir de la apertura del proceso de contratación, los interesados deben manifestar su intención de participar a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones¹⁹¹.

La manifestación deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de las formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar de manera directa a cada interesado sobre la fecha y hora del sorteo, en caso en que haya lugar a este.

La manifestación de interés es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta. Y en caso de no presentarse ninguna manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará desierto el proceso. Por lo tanto la auditoría debe verificar que las reglas y el procedimiento para la manifestación de interés se han establecido con absoluta claridad.

Para el procedimiento de la verificación de la manera como se realizó la manifestación de interés consideramos importante tener en cuenta los siguientes criterios: En primer lugar, la norma al señalar que dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de apertura los interesados manifestarán su interés, le está otorgando un plazo a los posibles oferentes. Por lo tanto, la entidad no puede limitar para la manifestación de interés el plazo establecido en la norma.

En segundo lugar, para la manifestación de interés la entidad debe señalar un mecanismo de fácil aplicación, no puede solicitar documentos o requisitos, pues el requisito habilitante se entiende cumplido tan

191 *Ibíd.*, numeral 1 artículo 2.2.1.2.1.2.20.

solo con la clara expresión del interés en participar en el proceso y el señalamiento de las formas de contacto y comunicación eficaces.

Por último, es importante señalar que, en nuestro criterio, para la manifestación de interés de uniones temporales o consorcios, bastará con que uno de los integrantes haya manifestado el interés de participar en el proceso.

10. Sorteo

Ocurre cuando la entidad reciba más de diez manifestaciones de interés, situación en la que puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez interesados con quienes continuará el mismo¹⁹². Para garantizar la transparencia del procedimiento, la entidad antes de conocer el resultado de las manifestaciones de interés debe establecer, en el pliego de condiciones, si hay lugar al sorteo y la forma como lo hará. Así mismo, consideramos que el sorteo debe realizarse en audiencia pública. De todos modos el resultado del sorteo debe informarse a los interesados. En nuestro criterio no existiría mejor mecanismo de información, publicidad y transparencia que aquel en el cual la entidad publica el resultado del sorteo en el SECOP. Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez, la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

Es importante señalar que en caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día hábil siguiente a la fecha en la cual la entidad informó a los interesados el resultado del sorteo. De conformidad con nuestro criterio señalado, la presentación de ofertas comenzaría a contar desde un día hábil siguiente a que la entidad publicará el informe del resultado del sorteo en el SECOP.

La expedición de adendas en el proceso de selección abreviada es hasta el día hábil anterior al plazo para presentar ofertas, y debe ser publicada entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., salvo para modificar el cronograma.

192 El numeral 2 artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015, cit.

Algunas entidades declaran desiertos los procesos cuando al sorteo no asisten los proponentes al mismo. Vale la pena aclarar que la asistencia al sorteo no solo no es requisito habilitante, sino que la entidad deberá adelantarlos, si así lo estableció, aún sin la presencia de los proponentes. El proceso auditor debe tener en cuenta los siguientes criterios: 1. Que en el pliego se haya establecido si hay lugar o no al sorteo; 2. Que la manifestación de interés se haya realizado por los medios y condiciones establecidas en el pliego; y 3. Que no se haya rechazado una propuesta de un oferente plural, cuando solo uno de sus integrantes realizó la manifestación de interés.

11. Publicidad del listado de posibles oferentes

Como lo hemos reiterado, aún cuando el Decreto 1082 de 2015 no establece como procedimiento la publicidad del listado de posibles oferentes, producto o no del sorteo, se debe hacer en virtud de lo señalado en el principio de transparencia consagrado en el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en el cual se establece,

que en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Es importante que el proceso auditor advierta que la entidad cumplió con este principio de publicidad y transparencia.

12. Cierre del proceso

Para el procedimiento de cierre, es importante revisar los criterios de auditoría que sobre el procedimiento de cierre, se hicieron en el capítulo de los criterios sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades.

13. Evaluación

Como se señaló en capítulos anteriores, lo primero que debe verificar la auditoría es la forma como se conformó el comité evaluador y si

cumple con las condiciones necesarias. Se debe verificar que el comité haya realizado la evaluación de conformidad con las reglas establecidas en el pliego de condiciones. También verificar que el proceso de subsanación, si a ello hubo lugar, se realizó de acuerdo al párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018 y teniendo en cuenta los criterios de auditoría, para la subsanación, señalados antes.

Los factores de puntuación en la selección abreviada de menor cuantía serán sobre los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego o sobre los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación costo-beneficio para la entidad¹⁹³.

Se debe verificar en el desarrollo de la auditoría que la entidad tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007. Es decir, que efectuó 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. Y además verificar que en el informe de evaluación se dejó constancia del cotejo realizado, tal como lo señala la ley.

14. Traslado del informe de evaluación

El resultado de la evaluación para el proceso abreviado de menor cuantía se publicará en el SECOP durante tres días hábiles¹⁹⁴. Consideramos que este plazo es el término de publicidad y traslado, es decir, el plazo durante el cual los oferentes podrán presentar observaciones al informe de evaluación, las cuales, en nuestro criterio, podrán ser resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección. La auditoría debe verificar que, bajo cualquier criterio, la entidad haya establecido un plazo y un procedimiento para que los oferentes pudieran presentar las observaciones al informe.

Como criterio similar al expresado en la licitación pública, si se presentan observaciones al informe de evaluación que motiven en forma justificada una aclaración o rectificación de una propuesta, considera-

193 Numeral 2 artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, cit., modificado del artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, cit. Y el artículo 2.2.1.1.2.2.2. Decreto 1082 de 2015, cit.

194 *Ibíd.*, numeral 4 artículo 2.2.1.1.2.2.20.

mos que la entidad debe requerir al proponente para que “subsane” en un plazo razonablemente anterior al previsto para la adjudicación del proceso. Esta la situación la debe revisar en forma adecuada el auditor para verificar que tengan verdadero efecto las observaciones de los proponentes en el marco del traslado del informe de evaluación.

15. Acto de adjudicación

Vencido el término para la evaluación y cumplido el plazo de publicación del informe, la entidad, dentro del plazo previsto en el cronograma, adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones.

El acto de adjudicación se deberá publicar en el SECOP con el fin de enterar de su contenido a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección. En nuestro criterio puede hacer parte de su contenido las respuestas que la entidad dé a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación. El proceso auditor debe verificar que el acto de adjudicación cumplió con lo señalado en la ley y que, bajo cualquier criterio, la entidad le dio respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación.

16. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe indicar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo. Como se señaló antes, la auditoría debe verificar que la suscripción del contrato se haya realizado de acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso.

17. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la

contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así, como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Es importante tener en cuenta otros comentarios que sobre los requisitos de ejecución del contrato, se hicieron en el capítulo de los criterios de auditoría a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

III. CRITERIOS DE AUDITORÍA AL PROCESO DE SELECCIÓN CONCURSO DE MÉRITOS

El concurso de méritos es el procedimiento para escoger a los consultores, el cual puede hacerse por medio del mecanismo de sistema abierto o preclasificación¹⁹⁵. El contrato de consultoría es un contrato típico del estatuto contractual, que no trae propiamente una definición sino que por el contrario determina que actividades son consultoría, determina el estatuto contractual:

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

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos¹⁹⁶.

Todo lo que este fuera de esta definición debe entenderse que es un contrato de prestación de servicios. Este proceso se aplica salvo que el valor sea de mínima cuantía, por lo que nos iríamos por el proceso de selección de mínima cuantía. Vamos a explicar el paso a paso de los dos sistemas: el concurso de méritos abierto y el de preclasificación.

195 Numeral 3 artículo 2.º Ley 1150 de 2007, cit

196 Numeral 2 artículo 32 Ley 80 de 1993, cit.

A. Concurso de méritos abierto

El concurso de méritos es una modalidad de selección establecida en la Ley 1150 de 2007 para la selección de consultores o seleccionar proyectos. De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015, procede para la contratación de servicios de consultoría, que de acuerdo al estatuto contractual se refiere a:

los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Además los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos¹⁹⁷.

En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de concurso de méritos-abierto, indicando de manera práctica, algunos criterios que consideramos relevantes se deben tener en cuenta en el desarrollo de la auditoría.

1. Estudio previo

El auditor debe verificar, de acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto citado, que el estudio previo, además de los requisitos habilitantes, desarrolle la forma como calificará, *entre otros*, los siguientes criterios: la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

Otro elemento importante para tener en cuenta en el diseño del estudio previo, es lo que se refiere al valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Se debe verificar que la entidad no publicó las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato¹⁹⁸.

Debe tener presente el auditor que de todos modos la estimación de los costos de los servicios se debe hacer de manera detallada, contando

197 *Ibíd.*, numeral 3 artículo 32.

198 Numeral 4 artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, cit.

con variables adecuadas para calcular el presupuesto y el soporte del valor estimado del contrato. Otra cosa distinta es que dichas variables no se publiquen. El estudio detallado del presupuesto será una herramienta fundamental para que la entidad pueda revisar de manera adecuada la oferta económica del primer elegible.

Es importante tener en cuenta, además de estos comentarios particulares, los que sobre la auditoría al estudio previo se realizaron de manera general en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

Una vez establecidos en el estudio previo la justificación, la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características, los fundamentos de la modalidad para la selección del contratista y las variables que soportan el valor, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, es decir, la afectación preliminar mientras se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996 ya citado, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de la apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta de modo preliminar el presupuesto, mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar los saldos de apropiación a mano para expedir nuevas disponibilidades. El proceso auditor debe realizar la verificación de la forma como se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal, su contenido y quien lo suscribió, de acuerdo a lo señalado antes.

3. Estructuración del proyecto de pliego de condiciones

Las entidades, una vez definida la necesidad y las condiciones generales y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla, deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato.

El artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 señala que el pliego de condiciones para el concurso de méritos debe indicar la forma como calificará, *entre otros*¹⁹⁹, los siguientes criterios: la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. Es importante tener en cuenta, además de estos comentarios particulares, los criterios de auditoría que sobre la estructuración del proyecto de pliego, se realizaron de manera general en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

4. Aviso de convocatoria

Los procesos de selección denominados concurso de méritos, se harán mediante convocatoria pública²⁰⁰. El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el SECOP y contendrá, entre otras, la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de un concurso de méritos-abierto, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Para complementar estos criterios de auditoría se sugiere revisar los que, sobre la convocatoria pública, se realizaron en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

Los interesados en un proceso de concurso de méritos pueden hacer comentarios al proyecto de pliego a partir de la fecha de publicación de los mismos y durante un término de cinco días hábiles²⁰¹. Por lo tanto, el proyecto de pliego de condiciones debe publicarse como mínimo cinco días hábiles antes de la apertura del proceso y publicación de los

199 Se pueden determinar por medio del pliego otros criterios de ponderación.

200 Artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015, cit.

201 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.1.4.

pliegos de condiciones definitivos. Se sugiere revisar los criterios de auditoría que se realizaron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido en la norma citada en el punto anterior, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo, que para el caso de los concursos de méritos es de cinco días hábiles. Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada. Se sugiere revisar los criterios de auditoría, frente a las observaciones, presentados en la parte general del presente texto.

7. Acto de apertura

La entidad mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección²⁰². El acto administrativo debe contener, entre otros: el objeto de la contratación a realizar, el señalamiento de que se trata de un proceso de concurso de méritos abierto, el cronograma del proceso, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes. Se sugiere revisar otros criterios de auditoría que sobre el acto de apertura, se hicieron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

202 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.1.5.

8. Publicación del pliego definitivo

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar, en el mismo SECOP, el pliego definitivo del concurso de méritos. La auditoría debe verificar en el SECOP el cumplimiento de ello.

9. Cierre del proceso

En el cronograma del proceso y en el pliego se señala la fecha para la presentación de ofertas. El proceso auditor debe verificar que las ofertas debieron presentarse en dos sobres separados. Un sobre, que contiene los requisitos habilitantes y la oferta técnica. El otro sobre, que contiene la propuesta económica, se debe verificar que se guardó en un lugar seguro pues solo se abre, de acuerdo con la ley, con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad.

10. Verificación de requisitos habilitantes y evaluación de propuestas técnicas

Como lo hemos señalado antes, la primera verificación de la auditoría debe ser la del comité evaluador. Luego, debe verificar la forma como se evaluaron los requisitos habilitantes y la propuesta técnica de los oferentes²⁰³. Se debe verificar que el proceso de subsanación haya cumplido con lo señalado en el artículo 5.º de la Ley 1882 de 2018²⁰⁴ y de acuerdo a los criterios de auditoría señalados en la parte de aspectos generales del presente texto. El proceso auditor debe verificar que el informe de evaluación este de conformidad con lo establecido en el pliego y que contenga la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

203 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.3.2.

204 Revisar *supra*, lo que se dijo al inicio sobre el tema de subsanación de las propuestas y los plazos para hacerlos.

11. Traslado del informe de evaluación

La entidad publicará durante tres días hábiles el informe evaluación para poner en conocimiento de los interesados el estado de las diferentes propuestas²⁰⁵. El informe se debe publicar en el SECOP. Durante ese período, los proponentes puede hacer observaciones al informe evaluación. Como lo hemos señalado, consideramos que si una observación le genera a la entidad una duda que ella considera posible *subsananar*, debe requerir al proponente para que *lo haga* en el plazo que le señala, que debe ser anterior a la revisión de la oferta económica del proponente calificado en el primer lugar de elegibilidad.

La auditoría debe verificar que se cumplió con el plazo de publicación y traslado. Que se recibieron las observaciones al informe de evaluación y que la entidad las respondió, atendió e hizo los ajustes correspondientes al informe final, cuando a ello hay lugar.

12. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación

Consideramos conveniente que le entidad publique la respuesta a las observaciones al informe de evaluación antes de la revisión de la oferta económica del proponente calificado en el primer lugar de elegibilidad. Es lo conveniente y adecuado para garantizar el principio de transparencia y para hacer pública la nueva orden de elegibilidad, si este cambió como producto de las observaciones recibidas y respuestas efectuadas. Como lo hemos señalado de manera reiterada, la auditoría debe verificar que la entidad atendió en forma adecuada las observaciones formuladas.

13. Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad

La entidad debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato²⁰⁶.

205 Numeral 2 artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

206 *Ibíd.*, numeral 3 artículo 2.2.1.2.1.3.2.

Más adelante, la entidad debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre la necesidad identificada por la entidad y el alcance de la oferta, la consultoría ofrecida y el precio ofrecido y el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato²⁰⁷.

El proceso auditor debe verificar que el acuerdo entre la entidad y el oferente fue adecuado. Que en efecto el valor de la propuesta tuvo coherencia y consistencia con la oferta técnica. De este procedimiento se desprenden varios interrogantes que se han evidenciado en la práctica y que debe tener en cuenta el auditor para la adecuada redacción del informe.

¿Se revisan todas las ofertas económicas o sólo la del proponente ubicado en el primer lugar de elegibilidad?

El numeral 3 establece, en singular, que la entidad revisará la oferta económica. Y el 4 establece que lo hará con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad.

¿La revisión se hace en audiencia pública?

Consideramos que no. La revisión se hace en una reunión entre la entidad y el oferente. Las audiencias públicas están señaladas y establecidas en las leyes y decretos reglamentarios. Y para este procedimiento no se señala y establece.

¿Se pueden subsanar documentos durante la revisión?

En nuestro concepto sí. Al ser la oferta económica en el concurso de méritos un elemento que no otorga puntaje y tener en cuenta lo señalado en la citada sentencia del Consejo de Estado²⁰⁸, consideramos que si la entidad tiene dudas sobre algún documento de la oferta económica

207 *Ibíd.*, numeral 4.

208 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, cit.

puede requerir al proponente durante la revisión para que enmiende, rectifique o “subsane”.

¿La revisión la debe hacer el comité evaluador?

Consideramos que el comité puede revisar la oferta y en consecuencia hacer su recomendación. Pero solo el funcionario que tiene la facultad de contratación es quien puede llegar al acuerdo sobre el alcance y valor del contrato.

Si la entidad y el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no llegan a un acuerdo, dejarán constancia de ello y la entidad revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos mencionados y si llegan a un acuerdo procederán en consecuencia. Si no llegan a un acuerdo la entidad deberá declarar desierto el proceso de contratación²⁰⁹.

14. Acto de adjudicación

Una vez efectuada la revisión de la oferta económica, la entidad expedirá el acto de adjudicación que debe ser una resolución motivada. Sugerimos revisar las consideraciones que sobre los criterios de auditoría del acto de adjudicación, se señalaron en el capítulo sobre los criterios aplicables a todas las modalidades de selección.

15. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe indicar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo. Como lo hemos reiterado, el auditor debe verificar que el contrato se haya suscrito de conformidad con lo señalado en el cronograma del proceso.

209 Numerales 5 y 6 artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

16. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes (para el caso, es el registro presupuestal), salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Sugerimos revisar los criterios de auditoría que sobre los requisitos de ejecución del contrato, se mencionaron en el capítulo de criterios sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

B. Concurso de méritos con precalificación

De acuerdo con el Decreto 1082 de 2015,

en la etapa de planeación del concurso de méritos, la entidad estatal puede hacer una precalificación de los oferentes cuando dada la *complejidad* de la consultoría lo considere pertinente²¹⁰. Resaltado fuera de texto.

Para determinar cual debe ser el criterio para determinar la complejidad, GONZALO SUÁREZ BELTRÁN propone las siguientes circunstancias:

- Que la sola preparación de la oferta comporte un alto costo;
- Que la elaboración de la oferta sea compleja técnicamente;
- Que la complejidad de la tarea a realizar suponga la verificación de unas condiciones especialmente exigentes de habilitación, de manera que no culaquiera en la industria del conocimiento pueda atender el requerimiento;
- Que las condiciones del equipo de trabajo a reunir sean especialmente exigentes y que ello haga aconsejable precalificar primero a la firma y dejar para el proceso mismo del concurso de méritos la competencian sobre las calidades del equipo de trabajo;

210 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.3.3.

- Que se desee hacer una competencia exigente desde el punto de vista técnico²¹¹.

Lo que a nuestro parecer puede ser una buena fórmula para determinar las circunstancias de utilización de este mecanismo. A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de concurso de méritos-con precalificación, indicando los criterios que debe seguir el proceso auditor.

1. Estudio previo

El estudio previo, además de contener lo señalado en el concurso de méritos abierto, debe justificar en la descripción técnica la complejidad de la consultoría y con ello el procedimiento de precalificación. El auditor debe verificar que la justificación sea adecuada y que el estudio previo desarrolle los motivos que sustentan la conveniencia de adelantar un proceso con precalificación.

Para complementar, se sugiere revisar los comentarios que, sobre el estudio previo, se realizaron en el capítulo sobre los criterios de auditoría en los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

2. Aviso de convocatoria para la precalificación

Si la entidad estatal decide adelantar el concurso de méritos con precalificación²¹², debe convocar a los interesados por medio de un aviso publicado en el SECOP que debe tener la siguiente información, que el proceso auditor debe verificar: a. La mención del proceso de contratación para el cual se adelanta la precalificación; b. La forma en la cual los interesados deben presentar su manifestación de interés y acreditar los requisitos habilitantes de experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización del interesado y su equipo de trabajo. Consideramos frente a este punto que el auditor debe verificar que se hayan solicitado los requisitos habilitantes en forma proporcional y adecuada al objeto, naturaleza y valor del proceso para el cual se ade-

211 GONZALO SUÁREZ BELTRÁN. *Estudios de derecho contractual público*, Bogotá, Legis, 2014.

212 Ídem.

lanta la precalificación. De la misma manera, debe revisar que se haya solicitado toda la información como se solicita en el pliego de condiciones. Es decir, verificar que se haya solicitado el Registro Único de Proponentes –RUP– y la información que la entidad consideró pertinente que no se encuentra en el registro, de acuerdo con el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007; c. Los criterios que la entidad estatal tendrá en cuenta para conformar la lista de precalificados, incluyendo la mención de si hay un número máximo de precalificados. En este punto es importante señalar que, en primer lugar, se debe verificar que en la convocatoria se haya fijado un número máximo de precalificados. Ello garantiza la transparencia del proceso. Así mismo, el auditor debe verificar que se hayan establecido criterios objetivos para evaluar y conformar la lista de precalificados; d. El tipo de sorteo que la entidad estatal debe adelantar para conformar la lista de precalificados, cuando el número de interesados que cumple con las condiciones de la precalificación es superior al número máximo establecido para conformar la lista; y e. El cronograma de la precalificación. El proceso auditor debe verificar que se haya establecido en el cronograma el plazo de cada una de las etapas de la precalificación. Además, como lo hemos reiterado, debe verificar que se haya establecido un plazo para que la entidad reciba observaciones al aviso de convocatoria. Así como un plazo para darle respuesta y ajustar el aviso en lo que se considere conveniente. Verificar también que se haya establecido el plazo de dos días hábiles para recibir comentarios al informe de precalificación, así como la fecha y hora en la que se llevaría a cabo la audiencia de precalificación. Estos y el plazo de otras etapas del proceso, se deben contemplar en el cronograma del proceso.

3. Observaciones, respuestas y ajuste al aviso de convocatoria

Como lo señalamos antes, la auditoría debe verificar en cumplimiento del principio de transparencia, que se estableció un plazo para la recepción de observaciones y comentarios al aviso de convocatoria. Verificar que la entidad respondió las observaciones e hizo los ajustes que consideró convenientes en el aviso de convocatoria.

4. Recepción de manifestaciones de interés y documentos

En la fecha y hora establecida en el cronograma, la entidad debe recibir las manifestaciones de interés y los documentos con los cuales los interesados acrediten experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización. De este procedimiento de “cierre” se debe dejar un acta. El auditor debe verificar que la recepción de manifestación de interés y documentos se realizó de acuerdo a las condiciones establecidas en el aviso de convocatoria.

5. Subsanabilidad

Como lo hemos señalado en las diferentes modalidades de selección, si la entidad en el proceso de verificación de documentos de los interesados tiene dudas o necesita claridad sobre alguno de ellos, debe requerir al interesado para que en el plazo por ella determinado enmiende, rectifique o subsane el documento. Para verificar este proceso de “subsanación” en forma adecuada, se sugiere revisar los criterios de auditoría que al respecto se han expresado en el desarrollo del presente texto.

6. Publicación y traslado del informe de precalificación

La entidad debe elaborar un informe de precalificación y publicarlo en el SECOP por el término establecido en el aviso de convocatoria para la precalificación²¹³. Los interesados pueden hacer comentarios al informe de precalificación durante los dos días hábiles siguientes a la publicación del mismo. La auditoría debe verificar que se hayan cumplido los requisitos de publicación del informe y se hayan otorgado los plazos establecidos para su traslado.

7. Audiencia de precalificación

Señala la norma:

213 Artículo 2.2.1.2.1.3.5 del Decreto 1082 de 2015, cit.

La entidad estatal debe efectuar una audiencia pública en la cual conformará la lista de interesados precalificados para participar en el proceso de contratación respectivo. En la audiencia contestará las observaciones al informe de precalificación y notificará la lista de precalificación de acuerdo con lo establecido en la ley. Si la entidad estatal establece un número máximo de interesados para conformar la lista de precalificados y el número de interesados que cumple con las condiciones de precalificación es superior al máximo establecido, en la audiencia de precalificación la entidad estatal debe hacer el sorteo para conformar la lista, de acuerdo con lo que haya establecido en el aviso de convocatoria²¹⁴.

El proceso de auditoría debe verificar que la entidad haya dado respuesta a las observaciones, que se haya realizado en forma adecuada la notificación de la lista de precalificados y que hubo lugar a sorteo, además que este se realizó con los debidos protocolos de transparencia. También debe verificar que la lista se haya publicado en el SECOP.

El auditor debe tener presente que si la entidad estatal no pudo conformar la lista de precalificados, pudo continuar con el proceso de contratación en la modalidad de concurso de méritos abierto o sin precalificación. Como también que la conformación de la lista de precalificados no obligaba a la entidad estatal a abrir el proceso de contratación.

8. Proceso de selección de los consultores preclasificados

Si el proceso con la lista de precalificados continúa, este sería el paso a paso que, consideramos, tendría que auditarse.

a. Ajuste el estudio previo

El estudio previo que soportó la convocatoria de la precalificación debe ser completo e integral pues es el estudio que soporta todo el proceso hasta la adjudicación del contrato objeto del concurso. Sin embargo, pueden haber aspectos que se evidenciaron durante la precalificación y que ameritan un ajuste menor al estudio previo.

214 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.3.6.

b. Certificado de disponibilidad presupuestal

Como lo hemos manifestado, de conformidad con las normas vigentes, la entidad debe expedir el certificado de disponibilidad presupuestal que ampara el valor estimado del contrato objeto del proceso.

c. Proyecto de pliego de condiciones

Se debe estructurar el proyecto de pliego de condiciones, ya no al señalar requisitos habilitantes, pues ya fueron verificados para la conformación de la lista de precalificados, sino mas bien los factores de puntuación aplicables al concurso de méritos.

d. Aviso de convocatoria

Aunque no se trate de una convocatoria abierta, pues solo pueden participar quienes están en la lista de precalificados, se debe realizar y publicar el aviso de convocatoria de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

e. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

Se debe publicar como mínimo por cinco días hábiles para recibir observaciones de los interesados.

f. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

Las observaciones de los interesados, es decir, de los que conforman la lista de precalificados, deben responderse de manera justificada y se deben hacer los ajustes al pliego que se consideren pertinentes.

g. Acto de apertura

La entidad debe expedir el acto de apertura de conformidad con lo señalado en las normas y teniendo en cuenta los criterios expresados en las otras modalidades de selección y en particular para el concurso de

méritos abierto. En el acto de apertura se debe señalar quienes con lo precalificados en el proceso que pueden participar en él.

h. Publicación del pliego definitivo

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar el pliego definitivo del concurso de méritos.

i. Cierre del proceso-presentación de las ofertas

Para el procedimiento de cierre se sugiere revisar los criterios que sobre el mismo se expresaron en el paso a paso del concurso de méritos abierto.

j. Evaluación de propuestas técnicas

El Comité debe evaluar las propuestas técnicas. Como lo señalamos antes, no hay lugar a la revisión de requisitos habilitantes pues todos los proponentes al haber sido precalificados, ya cumplen con ellos.

k. Elaboración del informe de evaluación

El comité entregará a la entidad el informe de evaluación el cual contendrá el análisis efectuado, el puntaje final de las propuestas y el orden de elegibilidad. La mejor propuesta será la que obtenga el puntaje más alto.

l. Traslado del informe de evaluación

La publicación y el traslado del informe de evaluación se debe hacer teniendo en cuenta lo señalado en el concurso de méritos abierto.

m. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación

Consideramos conveniente que le entidad publique la respuesta a las observaciones al informe de evaluación antes de la revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad. Es lo con-

veniente y adecuado, no solo para garantizar el principio de transparencia, sino para que la entidad, si considera fundada la observación, realice el ajuste correspondiente al informe y a la lista de elegibilidad.

n. Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad

Para la revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad, se deben tener en cuenta los criterios expresados en este aspecto para el concurso de méritos abierto.

o. Acto de adjudicación

Una vez efectuada la revisión de la oferta económica, la entidad expedirá el acto de adjudicación que debe ser una resolución motivada. Sugerimos revisar las consideraciones que sobre el acto de adjudicación, se señalaron en el capítulo sobre los criterios de auditoría aplicables a todas las modalidades de selección.

p. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. El cronograma del proceso señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe contener el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo.

q. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Sugerimos revisar los criterios de auditoría que sobre los requisitos de ejecución del contrato, se mencionaron en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

IV. CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA MODALIDAD DE SELECCIÓN CONTRATACIÓN DIRECTA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007, la escogencia del contratista se efectuará en forma excepcional a través de contratación directa, siempre que corresponda a alguna de las causales.

Aunque la contratación directa como modalidad de selección no tiene establecida en la norma un procedimiento específico, a continuación se presenta una sugerencia del paso a paso que debería seguirse como procedimiento de la revisión de la auditoría a la etapa precontractual de esta modalidad de selección.

Nos parece acertado que la auditoría revise, conceptualmente, el paso a paso que describimos como mecanismo para determinar que esta modalidad de selección no es instrumento para evadir la selección objetiva de contratistas. Como lo señaló la jurisprudencia

la contratación directa permite prescindir del procedimiento formal de la licitación pública, con todas las etapas y requisitos que ella exige, pero no exime a las entidades del deber de efectuar una selección objetiva del contratista y de respetar los principios que informan a la contratación estatal como son los de transparencia, economía y responsabilidad, al lado de los principios de planeación, libre concurrencia, buena fe, y en general aquellos que rigen el ejercicio de la función administrativa –art. 209, C. P–, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad²¹⁵⁻²¹⁶.

En ese sentido los criterios de auditoría que expondremos van dirigidos a que el proceso verifique que en la etapa precontractual de cualquier contrato celebrado a través de la contratación directa, se hayan

215 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 14 de agosto de 2003, expediente 22.848, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE; reiterada en Sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

216 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 1.º de marzo de 2018, C. P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

cumplido los principios tanto de la contratación como de la función administrativa. Más adelante haremos un breve análisis de cada una de las causales de contratación directa señaladas en la ley, señalando algunos criterios que debe tener en cuenta el proceso auditor.

Las causales de contratación, según el numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, son las siguientes:

4. *Contratación directa.* La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: // a) Urgencia manifiesta; // b) Contratación de empréstitos; // c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo. // En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política. // En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. // Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales; // d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, que necesiten reserva para su adquisición; // e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; // f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las leyes 550 de [30 de diciembre de] 1999^[217], 617 de [6 de octubre de] 2000^[218] y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los

217 *Diario Oficial*, n.º 43.836, de 30 de diciembre de 1999, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662517>].

218 *Diario Oficial*, n.º 44.188, de 9 de octubre de 2000, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1664753>].

celebren con entidades financieras del sector público; // g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; // h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; // i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles. // j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia –DNI–, que requieran reserva para su adquisición.

Que es por ley el mecanismo que otorga a la entidad estatal la más amplia facultad para escoger al contratista, por cuanto no tiene que acudir a un procedimiento de selección del todo reglado como sería una licitación o una selección abreviada.

A. Etapas previas comunes a todos los casos de contratación directa

1. Estudio previo

El estudio previo debe cumplir con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. En ese sentido, en la elaboración del estudio previo hay que establecer los criterios para seleccionar la oferta más favorable. Algunas entidades omiten hacerlo creyendo que no hay selección por lo que se trata de contratación directa.

Precisamente, en este capítulo del estudio previo, se deben señalar los requisitos habilitantes y las condiciones mínimas de capacidad, experiencia e idoneidad que debe tener el contratista para satisfacer la necesidad que ha identificado la entidad. El auditor debe verificar que el estudio previo contenga las características y capacidad que debe tener el contratista para satisfacer la necesidad que requiere la entidad.

El auditor debe verificar que los estudios y documentos previos estén publicados en el SECOP y debe tener presente que no son públicos cuando se trate de la contratación de empréstitos, los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, los contratos que celebre la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieran reserva y la contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de

Protección que necesiten reserva para su adquisición²¹⁹. Como comentario, esta norma puede ser ilegal, por cuanto el Decreto 1082 de 2015 exceptúa la publicidad para este tipo de circunstancias, cuando la ley no lo hace.

Por último es importante tener en cuenta que la exigencia de garantías no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe verificarse por parte del auditor, en los estudios y documentos previos. Sugerimos tener en cuenta otros criterios de auditoría expresados frente al estudio previo, que fueron expuestos en el capítulo sobre criterios generales aplicables a todos las modalidades de selección.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

Una vez establecido en el estudio previo la justificación de la necesidad, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratista y las variables que soportan el valor, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal, y hacer la afectación preliminar, mientras se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades. El proceso auditor debe verificar que el certificado de disponibilidad presupuestal cumpla con los requisitos establecidos en las normas.

3. Acto administrativo de justificación

Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo indicará en un acto administrativo que contendrá

219 Artículo 2.2.1.2.1.4.3. Decreto 1082 de 2015, cit.

el señalamiento de la causal que se invoca, la determinación del objeto a contratar, el presupuesto para la contratación y la indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos²²⁰.

Para el caso de la de contratación por urgencia manifiesta, el acto administrativo que lo declare hará las veces de acto administrativo de justificación²²¹. En estos casos, no se requiere de estudios y documentos previos

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como para los contratos de empréstitos, los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, los contratos que celebre la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieran reserva y la contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.

La auditoría frente al acto administrativo de justificación debe verificar y revisar, entre otros aspectos, los siguientes: a. Que cuando aplica el acto administrativo de justificación, este debe tener el contenido señalado en el Decreto 1082 de 2015; b. En el caso de la contratación de urgencia manifiesta, se debe verificar que el acto que la declaró contiene lo que la Ley 80 de 1993 exige para el acto de justificación²²²; y c. Debe revisar también que el acto de justificación o el acto que la declaró en el caso de la urgencia manifiesta, fueron expedidos con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato.

4. Invitación a presentar propuesta

Las entidades, una vez definida la necesidad y las condiciones generales, la disponibilidad presupuestal, y el acto administrativo de justificación, deberían, en nuestro criterio y como buena práctica administrativa eficiente y transparente, aunque no es necesario, realizar una invitación al proponente que considere tiene la capacidad, idoneidad y experiencia para cumplir en forma adecuada con el objeto del contrato.

220 Artículo 2.2.1.2.1.4.1 de Decreto 1082 de 2015.

221 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.2.1.4.2.

222 *Ibíd.*, artículo 40.

La invitación, además de ser una buena práctica administrativa de la gestión contractual, es una manera de ordenar el proceso al interior de la administración pública.

¿Cómo se enteró el proponente de lo que la entidad requería?

La invitación es el mecanismo lógico, eficiente y transparente para que la entidad solicite al proponente que considera idóneo una oferta. La invitación debe indicar el lugar, la hora y fecha de entrega de la propuesta. Debe señalar el presupuesto oficial, las condiciones en las que se requiere el bien o servicio a contratar, los requisitos habilitantes, de idoneidad, capacidad y experiencia que debe acreditar el proponente para celebrar el contrato.

La invitación debe señalar también el plazo para la suscripción del contrato una vez sea aceptada la propuesta, así como el plazo para cumplir con los requisitos de ejecución del contrato. El proceso auditor debe verificar el mecanismo que utilizó la entidad para solicitar una propuesta. La invitación privada es un mecanismo que la auditoría puede recomendar en la sugerencia de un plan de mejoramiento.

5. Cierre-entrega de propuesta

La propuesta se debe entregar en el lugar, hora y fecha señalada en la invitación. De la recepción de la propuesta la entidad puede levantar un acta. Este procedimiento debe ser la consecuencia lógica de la invitación.

6. Evaluación de ofertas

El proceso auditor debe verificar que la propuesta cumple con lo establecido tanto el estudio previo como la invitación, si la hubo. El auditor debe revisar la razón por cual, si la propuesta no cumple con lo establecido en el estudio previo, se celebró el contrato. Se debe verificar también la forma como la entidad le informó al proponente que su propuesta era satisfactoria y la forma como le informó el plazo que tenía para suscribir el contrato y cumplir con los requisitos de ejecución del mismo.

En la contratación directa, suelen presentarse dificultades con la fecha de suscripción de los contratos y la fecha para el cumplimiento de los requisitos de ejecución. La falta de acto de apertura que integra el cronograma y la ausencia de pliego de condiciones hacen necesario que tanto en la invitación como en la comunicación al proponente se establezca la fecha de suscripción del contrato como para el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

Pero, como lo sostiene Colombia Compra Eficiente, hay que revisar que tenga “la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica para obligarse y cumplir con el objeto del contrato”²²³.

7. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.

8. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar los criterios de auditoría que sobre los requisitos de ejecución del contrato, se realizaron en el capítulo de los criterios generales sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

223 COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación”, cit.

9. Publicación en el portal de contratación

No se debe olvidar que la contratación directa no está excluida de las obligaciones de publicidad de sus actos en el SECOP, a través de portal único de contratación. Se debe publicar el estudio previo, salvo las excepciones mencionadas, el acto administrativo de justificación cuando aplica, el contrato y sus adiciones, entre otros. Consideramos que también se debe publicar la oferta, la propuesta del contratista. Aunque el artículo 2.2.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 señala que se debe publicar la oferta del adjudicatario del proceso de contratación, en la contratación directa no hay “proceso” como tal, debe hacerse esta publicación interpretando el artículo citado bajo el alcance de transparencia y buena práctica administrativa.

El auditor debe verificar en el SECOP, que se haya cumplido con la publicación de los documentos pertinentes y en el plazo correcto.

Ahora veremos los principales casos de contratación directa.

B. Contratos interadministrativos

El estatuto anticorrupción, que modificó el estatuto contractual, estableció que los contratos interadministrativos aplican siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos²²⁴.

Para la utilización de esta facultad excepcional se estableció que,

se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada²²⁵.

224 Artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, cit., modificó el inciso 1.º del literal c del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, cit.

225 Ídem.

La modificación consistió en extender la prohibición, ya establecida para las instituciones de educación superior públicas, para celebrar contratos interadministrativos a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas y las federaciones de entidades territoriales, cuando ellas sean las ejecutoras de contratos cuyo objeto sea de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Esta norma en nuestro concepto, pueden tener origen en algunos contratos cuestionados que han celebrado algunas instituciones consideradas como entidades estatales. Nos parece importante, de acuerdo a la nueva norma, que las entidades tengan claridad del alcance, tipología y obligaciones que diferencian el contrato de compraventa del contrato de suministro. Diferencias que se deben tener presentes para aplicar en forma adecuada lo establecido en la ley.

Consideramos conveniente llamar la atención sobre la obligatoriedad de que la entidad estatal ejecutora, además de contar con un objeto social que *tenga relación directa con las obligaciones derivadas del contrato* y cuente con la debida capacidad para cumplir de manera satisfactoria con la ejecución del contrato²²⁶.

Mal haría la norma en habilitar a las entidades estatales para celebrar contratos interadministrativos tan solo acreditando la capacidad jurídica. También, se podría presentar el mecanismo para que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta ampliaran su objeto social para acceder a múltiples contratos interadministrativos, cuya razón final podría ser la de evadir el estatuto de contratación pública.

Cuando se realiza un contrato interadministrativo sin que la entidad estatal contratista tenga la capacidad real y efectiva para cumplir con el objeto del contrato, se vulneraran los fines de la contratación estatal y los deberes de las entidades estatales consagrados en los artículos 3.º y 4.º de la Ley 80 de 1993. En suma, el proceso auditor frente al contrato interadministrativo debe verificar, entre otros aspectos, los siguientes: 1. Que en la contratación se hayan aplicado los principios

226 Literal c numeral 4 artículo 2.º Ley 1150 de 2007, cit., modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, cit.

de la contratación estatal y de la función administrativa. En otras palabras, que se haya realizado una selección objetiva, con debido sustento de las razones y conveniencia de que el contrato lo ejecute una entidad de naturaleza pública; y 2. Que la entidad estatal seleccionada para ejecutar el contrato, cuente con la capacidad e idoneidad para hacerlo.

Respecto de la diferencia entre contratos y convenios interadministrativos, podemos indicar que la Ley 1150 de 2007 se refiere a contratos interadministrativos. El Decreto 1082 de 2015 se refiere a convenios o contratos interadministrativos. Nos parece que existen diferencias entre los convenios y los contratos interadministrativos, además, que el decreto excedió su facultad al incluir a los dos en el mismo concepto, por cuanto el estatuto contractual es para contratos no para convenios. A continuación presentamos las diferencias que debe tener presentes el auditor en el momento de realizar el proceso de auditoría, bien sea al contrato o al convenio interadministrativo. Lo primero que debería hacer la auditoría es determinar si lo que va a auditar es un convenio o un contrato. Por eso, este análisis conceptual de uno y de otro es conveniente para determinar la naturaleza y el alcance tanto del convenio como del contrato.

Se presentan con frecuencia dudas con respecto a la definición –sobre todo al alcance– de los contratos y los convenios interadministrativos. Las diferencias para algunos podrían ser inexistentes y hasta estériles. Sin embargo, consideramos que la “zona gris” en el manejo de estos conceptos ha permitido, como en forma acertada lo afirma la Contraloría General de la República, que se disfrace un contrato a través de la denominación de un convenio tan solo por el hecho de llamarlo así, con todo lo que ello puede implicar²²⁷.

Consideramos que sí existe diferencia entre el contrato y el convenio interadministrativo. Dichas diferencias se hacen más evidentes en nuestro concepto, con la expedición de la Ley 1150 de 2007. No pretendemos abordar estos conceptos y estas diferencias haciendo un profundo estudio académico. No es el propósito de este trabajo. Solo explicaremos nuestros conceptos y los sustentaremos bajo la perspec-

227 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto 80112-EE40091, de 17 de julio de 2009, disponible en [http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/cgn_40091_09.pdf].

tiva de la aplicación práctica de los mismos, siguiendo los criterios que proponemos, inspirados en la transparencia y eficiencia.

En nuestro concepto la primera observación y si se quiere diferencia, radica en la fuente normativa que regula los contratos y los convenios. Los contratos interadministrativos se encuentran regulados en la Ley 1150 de 2007. El literal c del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007 señala como causal de contratación directa los contratos interadministrativos. Además establece que procede,

... siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. (Resaltado fuera de texto).

En desarrollo de esta causal se hacen excepciones cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras así como también se exceptúa de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.

Por su parte, encontramos que la norma que de manera expresa se refiere a los convenios interadministrativos es el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que señala que las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar en conjunto servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Al analizar las normas que regulan los contratos interadministrativos y la norma que hace referencia a los convenios interadministrativos, encontramos que la primera diferencia se encuentra en la finalidad de uno y de otro. Como lo señala el concepto citado del organismo de control, mientras que en el contrato no se persigue la consecución de un mismo fin sino de intereses opuestos, por ejemplo, cuando una entidad estatal acuerda con otra la prestación de un servicio, la construcción de una obra, la entrega de bienes, en similares condiciones a como podría un particular cumplir la prestación. Por el contrario, la finalidad del convenio es aunar esfuerzos, cooperar, asociarse para un mismo fin.

Esta primera diferencia conduce inevitablemente a otra. El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de

los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos. Es decir, una de las características del contrato estatal es que es oneroso, se caracteriza por ser aleatorio y conmutativo.

El Código Civil²²⁸, en el artículo 1498 señala que el contrato es conmutativo, cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio. La diferencia esta en que mientras el contrato interadministrativo es conmutativo el convenio interadministrativo no lo es.

Cuando una alcaldía celebra, cumpliendo los requisitos de la causal de contratación directa, un contrato interadministrativo con la Empresa de Acueducto Municipal para hacer una red de alcantarillado, se establecen obligaciones equivalentes. Una parte se obliga a pagar por una obra y la otra se obliga a entregar una obra en las condiciones pactadas.

En cambio cuando una gobernación celebra un convenio interadministrativo con una alcaldía para aunar esfuerzos en las ferias y fiestas del municipio y se obliga a transferir unos recursos para que la entidad municipal los ejecute en las celebraciones, no se establecen obligaciones equivalentes. Con este ejemplo de convenio interadministrativo podríamos señalar otra diferencia. Como el objetivo del convenio es aunar esfuerzos hacia un mismo fin, no es necesario que el objeto de una de las partes –la ejecutora– tenga relación directa con las obligaciones que se derivan.

Para el ejemplo propuesto de convenio, es evidente que el objeto de una alcaldía no es hacer ferias y fiestas. Jamás una alcaldía podría ser entidad ejecutora de un contrato interadministrativo para hacer ferias y fiestas. No se cumplirían los requisitos de la ley y el decreto reglamentario pues, además de incumplir con el requisito del objeto, ninguna entidad territorial puede demostrar la idoneidad, capacidad

228 Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84, de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

y experiencia para realizar conciertos musicales, fiestas populares y montar corrida de toros.

Compartimos el concepto citado de la Contraloría General de la República que señala que mientras en el convenio

... las partes no buscan una remuneración o pago, pues las entidades que celebran el convenio interadministrativo no reciben un pago o remuneración por ello sino que entregan unos recursos mutuamente o solamente la una a la otra para su posterior ejecución. En el contrato interadministrativo hay interés lucrativo o remuneratorio pues las partes o una de ellas persigue un interés económico.

Ello nos lleva a otra diferencia. El contrato interadministrativo debe someterse a lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que señala que "... los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales".

Sería injusto que una entidad estatal contratara con otra la prestación de un servicio, la construcción de una obra o la entrega de un bien de manera indefinida y sin la limitación de la adición de contrato establecida en la Ley 80 de 1993. Por el contrario, esta limitación no puede darse en el marco de un convenio interinstitucional, cuando lo que se persigue es aunar esfuerzos por un fin común. Sería absurdo, por ejemplo, que el Gobierno Nacional no pueda adicionar en más de un 50% los convenios interinstitucionales celebrados con los municipios para el desarrollo de los planes de transporte masivo.

En conclusión, el contrato interadministrativo está consagrado en la Ley 1150 de 2007, el convenio interadministrativo en la Ley 498 de 1998. En el convenio hay intereses comunes, distribución de actividades entre entidades estatales buscando un objetivo común, en el contrato intereses contrapuestos. En el convenio hay aportes, transferencia de recursos, en el contrato hay pago por bienes o servicios recibidos, incluso la posibilidad de pactar anticipos o pagos anticipados.

Existiendo tanta claridad conceptual entre una y otra figura no comprendemos la razón por la cual el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 señala como causal de contratación directa los "convenios o contratos interadministrativos". Es la primera vez que una nor-

ma reglamentaria de la Ley 1150 de 2007²²⁹ equipara los convenios interadministrativos a los contratos interadministrativos, lo cual, en nuestro criterio, es equivocado.

C. Contratación reservada del sector defensa, dirección nacional de inteligencia y unidad nacional de protección

Se seleccionará a los contratistas por medio de contratación directa cuando sean bienes y servicios *que requieren reserva* para su adquisición²³⁰. No es para todo tipo de bienes y servicios, son para los que requieren la connotación legal de reserva. En algunas entidades territoriales tienden a creer que la causal es aplicable cuando adquieren un bien o servicio de carácter reservado, que será entregado a algún organismo de seguridad que opera en la jurisdicción de la entidad territorial.

La auditoría debe tener presente que la causal no aplica, pues ella solo es aplicable para la contratación reservada del sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección y en consecuencia, no para aquellos bienes y servicios que van a ser “entregados” a esos sectores.

El auditor debe revisar que se haga a precio de mercado y la norma determinaba que no se requerían varias ofertas, pero el Consejo de Estado lo suspendió por considerar que la libre concurrencia siempre debe estar presente²³¹.

229 Ver los artículos que en los decretos reglamentarios, hoy derogados, regulaban los contratos interadministrativos. Artículo 77, Decreto 066 de 16 de enero de 2008, *Diario Oficial*, n.º 46.873, de 16 de enero de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1702418>]; artículo 78, Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.º 47.043, de 7 de julio de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1769669>]; y artículo 3.4.2.1.1 Decreto 734 de 2012, cit.

230 Artículo 2.2.1.2.1.4.6 del Decreto 1082 de 2015.

231 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 14 de mayo de 2014, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

D. Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas

Se utilizará contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas previo tener en cuenta la definición contenida en el Decreto 591 de 26 de febrero de 1991²³² y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan²³³.

Merece un comentario esta causal. Si bien el decreto citado hace referencia a la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas, el estatuto de contratación y sus normas reglamentarias regulan la causal sin distinción alguna, con lo cual ella aplica para todas las entidades estatales señaladas en el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993. Por otra parte, la causal esta fundada y soportada en que su aplicación corresponda a contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas que se ajusten a la definición que de esas actividades establece el Decreto 591 de 1991²³⁴.

Las actividades que se entienden científicas y tecnológicas, de acuerdo con el Decreto 591 de 1991, son las siguientes:

Artículo 2º. Para los efectos del presente Decreto, entiéndese por actividades científicas y tecnológicas las siguientes: // 1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información. // 2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología. // 3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica. // 4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques

232 *Diario Oficial*, n.º 39.702 de 26 de febrero de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1125662>].

233 Artículo 2.2.1.2.1.4.7 del Decreto 1082 de 2015, cit.

234 COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa n.º 6, “Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación”, de 27 de septiembre de 2013, disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20130927circularcit.pdf].

tecnológicos y a empresas de base tecnológica. // 5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras. // 6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.

Todo ello debe dejarse señalado en el acto administrativo de justificación de la contratación. El proceso auditor frente a esta causal debe verificar que el contrato celebrado bajo el amparo de esta causal, contenga actividades establecidas en el Decreto 591 de 1991.

E. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes

Se considera que no existe pluralidad de oferentes, cuando existe solo una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional²³⁵. Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

Lo más importante para tener en cuenta en el desarrollo de la auditoría, es que se verifique la adecuada justificación que hizo la entidad para soportar que, en efecto, no existe pluralidad de oferentes. En ese sentido nos parece recomendable que además de señalar las circunstancias en el estudio previo, se verifique que estas, como el nombre del contratista y el soporte de no existir pluralidad de oferentes, estén descritos en el acto administrativo de justificación de la contratación.

Además de lo anterior, en el estudio previo hay que observar, como bien lo sostiene SUÁREZ BELTRÁN²³⁶, que sea a través de ese bien o ese servicio que se puede satisfacer la necesidad que tiene la entidad. El análisis del estudio previo debe estar enfocado primero a revisar la necesidad y la mejor manera para suplirla y a partir de ahí, determinar cómo se va a contratar.

235 Artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, cit.

236 SUÁREZ BELTRÁN. *Estudios de derecho contractual público*, cit., p. 146.

F. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales

Como lo determina el estatuto contractual:

... las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que este en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita²³⁷.

Surge una pregunta. *¿Quién debe dejar la constancia escrita?* No encontramos otra respuesta distinta al jefe de la entidad. La razón es sencilla: en todas las entidades públicas solo hay un ordenador del gasto, que corresponde al jefe de la entidad. El proceso auditor debe verificar que la persona con la que se celebró el contrato cuenta con la capacidad, idoneidad y experiencia para ejecutarlo. También verificar que el ordenador del gasto haya dejado la constancia escrita, tal como lo exige la ley.

La Ley 80 de 1993 determina que los contratos de prestación de servicios son “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” y por su parte, el decreto determina que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión: “corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales”²³⁸.

El auditor debe verificar en el objeto del contrato y en las actividades que se le exigen al contratista que, en efecto, los servicios corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría. No son pocos los interrogantes ni las dudas que se les presentan a las entidades a la hora de distinguir y delimitar el alcance de una asesoría de prestación de servicios profesionales y la consultoría. Como lo co-

237 Artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, cit.

238 *Ibíd.*, inciso 2.º

mentamos antes, los contratos de consultoría están señalados de manera expresa en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En nuestro criterio, así lo debe determinar la auditoría, solo son contratos de consultoría los que define la ley, en la norma citada.

En consecuencia, la diferencia es clara: si se trata de un servicio profesional cuyo alcance y objeto del contrato no esta en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es un contrato de prestación de servicios profesionales y no un contrato de consultoría.

Debe también el auditor verificar para que apliquen los otros contratos señalados en la causal, el alcance y las actividades para que correspondan a actividades operativas, logísticas o asistenciales.

Debe existir una certificación de que no exista personal de planta que pueda llevar a cabo la actividad cuando sea por medio de persona natural y esto no será necesario cuando se requiera a una persona para una actividad que requiere de un conocimiento especializado²³⁹.

Por último, el artículo citado establece que la causal aplica para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato. Muchas entidades territoriales aplican esta causal para celebrar los contratos de los artistas musicales encargados de animar la celebración de las fiestas locales.

Se comete un grave error. La auditoría debe tener presente que la causal se aplica a los trabajos artísticos, no a las presentaciones artísticas. El trabajo artístico es una pintura o una escultura, por ejemplo. Quizás la razón de ser de esta causal es que el trabajo artístico que solo pueda encomendarse a determinadas personas naturales, se incorpora al patrimonio de la entidad. Mientras que un concierto, así sea de un famoso artista, solo anima las fiestas pero nada más.

La auditoría debe verificar que la justificación de que el trabajo artístico requerido solo se le puede encomendar a una persona, está plasmado en los estudios y documentos previos.

239 Numeral 3 artículo 32 Ley 80 de 1993, cit.

G. Adquisición de bienes inmuebles

El artículo 2.2.1.2.1.4.10 del Decreto 1082 de 2015 señala que las entidades estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa, para lo cual deben seguir las siguientes reglas, cuyo cumplimiento se debe verificar en el desarrollo de la auditoría: 1. Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad; 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública; 3. La entidad puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere avalúo de que trata el numeral 1 anterior.

Con respecto al último punto, el grupo auditor debe verificar que se trate de un proyecto inmobiliario con todas las características propias de este tipo de proyectos. La causal de contratación es muy clara y las entidades no pueden disfrazar un contrato de obra u otro tipo de contrato con el “ropaje” de un supuesto proyecto inmobiliario.

H. Arrendamiento de bienes inmuebles

El artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015 señala que las entidades pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa, para lo cual debe seguir las siguientes reglas, que el grupo auditor debe verificar: 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la entidad requiere el inmueble; 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfagan las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

Se debe tener presente, en el desarrollo de la auditoría que la causal de arrendamiento, frente a otros decretos reglamentarios, es clara y se aplica cuando la entidad es arrendadora no arrendataria. Cuando la entidad se propone arrendar un bien fiscal, por ejemplo, debe hacerlo de través de un procedimiento de selección abreviada o licitación pú-

blica de conformidad con el canon de arrendamiento anual que pretende cobrar, de acuerdo a las condiciones del mercado.

V. CRITERIOS DE AUDITORÍA PARA LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA

A la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, establecidas en la Ley 1150 de 2007, se suman la contratación de mínima cuantía consagrada en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, como modalidad de selección. Esta modalidad de selección procede cuando el valor de la contratación no excede el 10% de la menor cuantía de la entidad, con independencia de su objeto. Inclusive, si existe concurrencia entre contrato de consultoría y el de mínima cuantía²⁴⁰.

Ahora nos proponemos analizar los criterios de auditoría que se deben desarrollar frente al procedimiento que deben realizar las entidades cuando apliquen esta modalidad de selección. De acuerdo a lo señalado por el parágrafo 2.º del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, la contratación de mínima cuantía se realizará en forma exclusiva con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. Sin embargo, en el desarrollo del paso a paso expondremos algunos criterios para el proceso auditor de algunos procedimientos, que si bien no están establecidos de manera expresa en las reglas que regulan la contratación de mínima cuantía, consideramos que se deben tener en cuenta porque hacen parte de los principios generales que rigen la contratación pública. Si bien la norma señala la inaplicabilidad de reglas de otras modalidades de selección en la contratación de mínima cuantía, no es menos cierto que ello sea una razón para ignorar y desconocer la aplicación de los principios de la contratación pública.

Lo primero que debe analizar y tener muy claro el grupo auditor, es el valor de la menor cuantía que le corresponde, para ello, debe tener en cuenta su presupuesto anual y lo establecido en el literal b del numeral 2 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007.

240 En el mismo sentido, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía” (M-MSMC-02), disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia.pdf].

A. Estudio previo

De acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad elaborará un estudio previo que debe contener lo siguiente y que la auditoría debe verificar:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación. En ese sentido, es importante tener en cuenta que la necesidad este contemplada en el plan de acción publicado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, así como en el plan de adquisiciones, y cuente, si es del caso, con su respectiva inscripción en el banco de programas y proyectos. La descripción, por sucinta que sea, no debe vulnerar procedimientos y principios de planeación.

2. Por otra parte el estudio previo debe señalar la descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios. Las condiciones técnicas exigidas, es decir, las condiciones en las que se requiere el bien o servicio. En otras palabras, el lugar de ejecución del contrato, la forma como se debe entregar el bien o se debe prestar el servicio, la forma prevista de pago, etc.

Es importante que el auditor tenga en cuenta en los contratos de obra, lo señalado en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. Pues de acuerdo a la norma, las entidades antes de efectuar la invitación pública, deben contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

3. En el contenido del estudio previo se debe identificar el contrato a celebrar. Se debe señalar el tipo de contrato, de aquellos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o cualquiera de los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

4. También el estudio previo debe contener el valor estimado del contrato y su justificación. Se debe señalar el análisis que hizo la entidad para determinar y soportar el valor estimado del contrato y las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. El proceso auditor debe verificar que lo que está solicitando la norma no es la simple enunciación del valor estimado del contrato, sino la descripción del análisis y la justificación que hizo la entidad para llegar a ese valor.

5. A diferencia de lo señalado por el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, en el estudio previo de la contratación de mínima cuantía –si se exige en su contenido–, el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación, circunstancia que debe verificarse en la auditoría.

Por último, 6. Recomendamos tener en cuenta las siguientes consideraciones en el desarrollo de la auditoría, con el fin de que se establezcan planes de mejoramiento cuando a ello hay lugar.

Recomendamos que en el estudio previo se sustente un esquema de asunción de riesgos, cuando la entidad considere que durante la ejecución del contrato pueden presentarse riesgos previsibles que afecten el equilibrio de la ecuación económica.

Así mismo, recomendamos que en el estudio previo se realice el análisis que sustenta la exigencia de garantías, destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato, según el caso. El artículo 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 señala que entidad tiene la facultad de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía. La exigencia de garantías es facultativa, pero en el evento en el cual la entidad las estime necesarias, en atención a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así lo justificará en el estudio previo de conformidad con lo establecido en el artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007. De nuevo insistimos en que lo importante no es enunciar las garantías, sino más bien el análisis que sustenta la exigencia de ellas.

Por último, el auditor debe verificar que el estudio previo se haya publicado en el SECOP.

B. Invitación pública

Una vez realizado el estudio previo, la entidad formulará una invitación pública a participar a cualquier interesado, la cual se publicará en el SECOP, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011²⁴¹.

241 Artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, cit.

En el desarrollo del proceso auditor, se debe verificar que la invitación estuvo publicada en el SECOP, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalaron el objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, las condiciones técnicas exigidas y el valor estimado del contrato y su justificación. En la invitación también se debió señalar la forma como interesado debió acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, además del cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

La entidad puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Lo importante es verificar que si se exigió capacidad financiera, se debió indicar cómo se haría la verificación correspondiente, pues como lo señala la norma, en el procedimiento de mínima cuantía no se requerirá el RUP.

Frente al plazo mínimo de la invitación pública es importante que la auditoría tenga en cuenta lo establecido en el artículo 67 del Código Civil, que señala que todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos, se entenderá que han de ser completos y correrán, además, hasta la media noche del último día de plazo.

Se debe verificar que en la invitación –como cualquier pliego de condiciones– se debe redactar con absoluta claridad las causales que generarían el rechazo de las ofertas y las causales para la declaratoria de desierto del mismo. La invitación debe contener el cronograma del proceso especificando la validez mínima de las ofertas, las diferentes etapas del mismo, que incluyan las reglas para expedir adendas a las invitaciones y para extender las etapas previstas.

Se debe verificar también que en la invitación pública no solo se haya fijado con claridad el día, hora y lugar para la entrega de propuestas, sino también el procedimiento de cierre que se realizó. En el acta de cierre se debe revisar y verificar que este estipulado con claridad el orden de presentación de las ofertas, pues esta circunstancia es el único factor de desempate que estipula la modalidad de selección. Y para garantizar aún más la transparencia y publicidad del proceso, la auditoría –como plan de mejoramiento– podría sugerir que la entidad publique en el SECOP, el acta de cierre del proceso.

C. Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública

La invitación se hará por un término no inferior a un día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la entidad antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

Consideramos además que si la entidad estima que se debe ajustar o corregir la invitación, se debe expedir una adenda con el ajuste correspondiente y la modificación del plazo de entrega de propuestas. Este proceso debe ser verificado por la auditoría siempre vigilando que se hayan establecido condiciones que permitan la presentación de observaciones y su adecuada respuesta.

D. Cierre-presentación de ofertas

Como lo señalamos ante, se debe fijar con claridad en la invitación pública tanto día, hora y lugar para la recepción de ofertas, así como señalar el procedimiento de cierre. Recordemos que el único factor de desempate en el proceso de mínima cuantía es quien haya presentado la oferta primero en el tiempo. El acta de cierre se debe publicar en el SECOP para garantizar la transparencia del mecanismo de desempate. Todo ello debe verificarse por parte del auditor.

E. Evaluación

El proceso auditor debe verificar el cumplimiento del proceso de evaluación de las ofertas teniendo en cuenta el siguiente procedimiento normativo y los siguientes criterios. La verificación y evaluación de las ofertas será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural²⁴².

La entidad lo primero que debe hacer es revisar las ofertas económicas. Una vez revisadas puede hacer una lista de elegibilidad de menor a mayor valor. Verifica que la de menor valor cumpla con las condiciones de la invitación. Ahora bien, si la entidad tiene alguna duda frente

242 *Ibíd.*, artículo 2.2.1.1.2.2.3.

a documentos del proponente que presentó la oferta de menor valor, debe, en nuestro concepto, requerirlo para que “subsane”, enmienda o corrija en el plazo que le fije antes de la celebración del contrato. Si por el contrario la de menor valor no cumple con las condiciones de la invitación, la entidad debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio y así sucesivamente. En caso de empate, la entidad aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

Por último, es importante tener en cuenta que el contrato se puede adjudicar así solo se haya presentado una sola propuesta, siempre y cuando esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en la invitación pública.

F. Publicación del informe de evaluación

Se debe verificar en la auditoría que el informe de evaluación se haya publicado en el SECOP y que contenga la verificación de los requisitos habilitantes, según el caso, y la evaluación del menor precio. También hay que verificar que se haya otorgado un plazo único de un día hábil para que los interesados pudieran formular observaciones a la evaluación. Verificar que en el SECOP se hayan publicado las respuestas a las observaciones presentadas por todos los interesados.

G. Comunicación de aceptación

El auditor debe verificar el siguiente procedimiento de comunicación de la aceptación de la oferta. Una vez publicado el informe de evaluación, recibidas las observaciones en el día hábil concedido, junto con las respectivas respuestas, la entidad expedirá la comunicación de aceptación de la oferta ubicada en el primer lugar de la evaluación. En la comunicación de aceptación de la oferta se debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.

H. Suscripción del contrato

De acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. La auditoría debe

tener presente la siguiente excepción para los contratos de mínima cuantía. El literal d, del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 establece una excepción para los contratos de mínima cuantía en el entendido que la comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todo los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se hará el respectivo registro presupuestal.

La excepción para la mínima cuantía consiste en que para perfeccionarse el contrato, no debe elevarse por escrito y firmarse por las partes, pues el contrato se perfeccionará con dos documentos: la oferta y la comunicación de aceptación. Se debe entender que en estos dos documentos, por contener una inequívoca manifestación de las partes, se constituye un acuerdo entre el objeto y la contraprestación.

I. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía, cuando a ello haya lugar, y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y cajas de compensación familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar los comentarios que sobre los criterios de auditoría para verificar la ejecución del contrato se realizaron en el capítulo de los criterios generales sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

J. Adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía

Consideramos que el proceso de revisión para la auditoría de la adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía debe verificar el paso a paso que acabamos de exponer para la mínima cuantía en general. Sólo varían algunos elementos y criterios que a continuación exponemos.

1. Estudio previo

El estudio previo debe contener lo señalado en el capítulo anterior; contemplar lo señalado en el Decreto 1082 de 2015²⁴³ y en nuestro criterio, señalar el concepto de grandes superficies, la justificación de por qué celebrar el contrato con alguna de ellas y todas aquellas que se encuentran ubicadas el territorio de la entidad.

2. Invitación pública

La invitación debe estar dirigida a por lo menos dos grandes superficies y debe contener: a. La descripción técnica, detallada y completa del bien, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios; b. La forma de pago; c. El lugar de entrega; d. El plazo para la entrega de la cotización que debe ser de un día hábil; d. La forma y el lugar de presentación de la cotización; y e. La disponibilidad presupuestal.

3. Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública

Las grandes superficies deben tener la oportunidad de hacer comentarios y observaciones a la invitación. La entidad debe responderlos y hacer los ajustes que considere pertinentes.

4. Cierre-Presentación de ofertas

Sugerimos tener en cuenta lo señalado en el capítulo correspondiente a la mínima cuantía general.

5. Evaluación

La entidad estatal debe evaluar las cotizaciones presentadas y seleccionar a quien, con las condiciones requeridas, ofrezca el menor precio del mercado y aceptar la mejor oferta. En caso de empate, la entidad aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

243 Artículo 2.2.1.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, cit.

6. Publicación del informe de evaluación

Se debe tener en cuenta lo señalado en el paso a paso de la mínima cuantía general.

7. Comunicación de aceptación

La entidad debe enviar a aquel de grandes superficies con la mejor oferta una comunicación de aceptación indicando el nombre del supervisor del contrato.

8. Suscripción del contrato

Como lo señalado en la mínima cuantía, la oferta y su aceptación constituyen el contrato.

9. Verificación de requisitos de ejecución del contrato

Se deben verificar los requisitos de ejecución del contrato establecidos en la ley, para proceder a recibir los bienes y servicios contratados.

CONCLUSIONES

La gran importancia que tiene el ejercicio del control fiscal, tanto interno como externo, radica en una real mejora de los procesos que realizan las entidades públicas. El sistema de control de los procesos administrativos debe permitir a las organizaciones una cultura y un auténtico y continuo mejoramiento que les permita cumplir de forma transparente, eficiente, económica y eficaz sus metas, planes, programas y objetivos.

Para el caso de la contratación estatal, el control interno debe ser una herramienta que posibilite fortalecer a la administración a través del autocontrol. El control interno, como lo hemos dicho a lo largo del libro, es un control que el constituyente de 1991 vislumbró como un autocontrol de la administración como complemento al control posterior de las contralorías y Auditoría General.

El constituyente de 1991 eliminó el control previo que tenían los entes de control fiscal y con fundamento en ello es que se crean las oficinas de control interno que van a tener como función, además, velar por el cumplimiento de normas al interior de la entidad, asumir ese control previo que tenían las contralorías.

Por otro lado, el control fiscal a la contratación estatal, de acuerdo a lo determinado en la Constitución y su desarrollo en la ley es posterior. Al respecto, no pocas veces se olvida el sentido de la misma ley y se considera la intervención sólo después de la liquidación del contrato. Vigilancia y control que puede terminar por convertir el sentido de posterior en una actuación tardía. Control posterior no significa de ninguna manera que la intervención del organismo de control fiscal se tenga que dar una vez están liquidados los contratos. Las contralorías y la Auditoría pueden desde el momento mismo que se legalizan los contratos entrar a ejercer sus competencias sobre la legalidad de toda la etapa de planeación, ejercer control sobre cada uno de los pagos rea-

lizados por las entidades administrativas y después de terminados o liquidados los contratos.

La Corte Constitucional, en interpretación del control posterior, declaró inexecutable la función de advertencia. Función que se podía confundir con coadministración y podía desvirtuar el concepto posterior del control. Esta función, como hemos sostenido, era de gran importancia, porque, como se mostró a través de las diferentes evaluaciones realizadas por los entes de control fiscal, se obtuvieron grandes beneficios de índole económico para el Estado, cuando el objetivo era advertir, razonable y ponderadamente y en ningún caso coadministrar.

Esa función de advertencia que antes tenían los entes de control fiscal, ahora son un control previo en cabeza de las oficinas de control interno. Ellas son las competentes, las llamadas a alertar al representante legal de la entidad o a los diferentes directivos de la misma en caso de observar alguna actuación que pueda llevar a un daño patrimonial a la entidad. Tampoco se puede entender esta actuación como la coadministración. Pues se trata de una advertencia del control interno frente a una situación irregular que se puede presentar en la entidad.

Hay que tener claro que el control interno es previo, concomitante y posterior, lo que le permite estar en todo momento de las actuaciones contractuales, desde la etapa misma de planeación hasta después de liquidado el contrato. La oficina de control interno puede realizar auditorías sin las limitaciones propias del control fiscal, ya que sí puede ser previo y puede abarcar en la etapa de ejecución de los contratos aspectos que irían más allá del pago.

Es importante tener en cuenta que estos dos controles deben entenderse de manera complementaria, los dos están llamados a la mejora de la administración pública. Es por eso que una de las tareas principales de las contralorías es la de revisar la forma como está actuando el control interno para determinar si es eficiente, eficaz, transparente, busca el cumplimiento de los objetivos misionales, protege el patrimonio de la administración, entre otros.

La transparencia y la eficiencia en la contratación es algo que siempre se está buscando para la protección de los recursos públicos. Colombia, a pesar de contar con múltiples normas que así lo pretenden, sigue presentando índices lamentables de corrupción e ineficiencia en los procesos de adquisición de bienes y servicios. Pueda ser que, con

Conclusiones

el pliego tipo, podamos evitar el direccionamiento indebido de los contratos que tanto daño le hacen al país en todo sentido.

Con este libro se busca entregar conceptos para que los diferentes actores públicos que participan en el control fiscal (interno y externo) a la contratación estatal, puedan realizar auditorías organizadas, estructuradas y analíticas, que mejoren la vigilancia y el control y con ellos, la protección del patrimonio público.

Por desgracia, en nuestro país la adquisición de bienes y servicios es una fuente de corrupción. Y de ahí que la normatividad de contratación pública a veces parezca inoperante, pues en vez de buscar la agilidad y rapidez para que el Estado dé respuestas efectivas a tantas necesidades, se ha convertido en un derecho que, pese a la cantidad de normas expedidas de buenas intenciones, no ha podido contener las desviaciones indebidas en la ejecución presupuestal.

No queda más remedio que confiar en las nuevas normas como la que regula el pliego tipo, pero sobre todo, tener claro que la receta de la transparencia y de la eficiencia en la ejecución presupuestal, en los procesos de adquisición de bienes y servicios, está en el fortalecimiento y la efectividad del control interno y externo, cuyos conceptos y criterios para optimizarlos hemos pretendido compartir en este texto.

ANEXO

**LISTA DE CHEQUEO PARA AUDITAR LA PUBLICACIÓN DE
DOCUMENTOS EN EL SECOP POR MODALIDAD DE SELECCIÓN**

La auditoría, para verificar la publicación de los documentos que de acuerdo a la modalidad de selección se deben publicar en el SECOP, debe tener en cuenta los siguientes criterios y lista de chequeo.

Señala el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 lo siguiente:

La entidad estatal está obligada a publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del proceso de contratación.

Hablamos específicamente del SECOP porque por ley de transparencia se deben publicar todos los siguientes documentos contractuales:

Artículo 9º [...] e) Las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; f) Los plazos de cumplimiento de los contratos²⁴⁴.

244 Ley 1712 de 6 de marzo de 2014, *Diario Oficial*, n.º 49.084, de 6 de marzo de 2014, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>].

A continuación nos proponemos presentar los documentos y actos administrativos que, por cada modalidad de selección, cuya publicación en el SECOP se debe verificar:

I. LICITACIÓN PÚBLICA

- Avisos²⁴⁵.
- Aviso de convocatoria.
- Estudios y documentos previos.
- Proyecto de pliego de condiciones.
- Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Acto de apertura.
- Pliego de condiciones definitivo.
- Acta de la audiencia de riesgos y aclaración del pliego.
- Adendas (si aplica).
- Acta de cierre del proceso.
- Informe de evaluación.
- Observaciones al informe de evaluación.
- Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación.
- Acta de la audiencia de adjudicación.
- Acto administrativo de adjudicación.
- Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica).
- Propuesta del adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

II. SELECCIÓN ABREVIADA-SUBASTA INVERSA

- Aviso de convocatoria.
- Estudios y documentos previos.
- Proyecto de pliego de condiciones.
- Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Acto de apertura.
- Pliego de condiciones definitivo.
- Adendas (si aplica).
- Acta de cierre del proceso.
- Informe de habilitación de los oferentes.

245 Numeral 3, artículo 30, Ley 80 de 1993, cit.

Anexo

- Observaciones al informe de habilitación de los oferentes.
- Respuestas a las observaciones presentadas al informe de habilitación.
- Acto administrativo de adjudicación.
- Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica).
- Propuesta del adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

III. SELECCIÓN ABREVIADA-MENOR CUANTÍA

- Aviso de convocatoria.
- Estudios y documentos previos.
- Proyecto de pliego de condiciones.
- Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Acto de apertura.
- Pliego de condiciones definitivo.
- Acta y resultado del sorteo (si aplica).
- Adendas (si aplica).
- Acta de cierre del proceso.
- Informe de evaluación.
- Observaciones al informe de evaluación.
- Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación.
- Acto administrativo de adjudicación.
- Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica).
- Propuesta del adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

IV. CONCURSO DE MÉRITOS-ABIERTO

- Aviso de convocatoria.
- Estudios y documentos previos.
- Proyecto de pliego de condiciones.
- Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Acto de apertura.
- Pliego de condiciones definitivo.
- Adendas (si aplica).
- Acta de cierre del proceso.
- Informe de evaluación (calificación técnica y orden de elegibilidad).
- Observaciones al informe de evaluación.

- Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación.
- Acto administrativo de adjudicación.
- Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica).
- Propuesta del adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

V. CONCURSO DE MÉRITOS-PRECALIFICACIÓN

- Aviso de convocatoria para la precalificación.
- Estudios y documentos previos.
- Acta de cierre de la precalificación.
- Informe de precalificación.
- Observaciones presentadas al informe de precalificación.
- Acta de audiencia de precalificación.
- Aviso de convocatoria.
- Proyecto de pliego de condiciones.
- Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.
- Acto de apertura.
- Pliego de condiciones definitivo.
- Adendas (si aplica).
- Acta de cierre del proceso.
- Informe de evaluación (calificación técnica y orden de elegibilidad).
- Observaciones al informe de evaluación.
- Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación.
- Acto administrativo de adjudicación.
- Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica).
- Propuesta del adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

VI. CONTRATACIÓN DIRECTA

- Estudios y documentos previos.
- Acto administrativo de justificación (si aplica).
- Propuesta adjudicatario.
- Contrato.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

VII. CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA

- Invitación a participar.
- Estudios previos.
- Informe de evaluación.
- Observaciones al informe de evaluación.
- Respuestas a las observaciones al informe de evaluación.
- Propuesta adjudicatario.
- Aceptación de la oferta elegible.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

VIII. CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA-GRANDES SUPERFICIES

- Invitación a participar.
- Estudios previos.
- Informe de evaluación.
- Observaciones al informe de evaluación.
- Respuestas a las observaciones al informe de evaluación.
- Propuesta adjudicatario.
- Aceptación de la oferta elegible.
- Adiciones al contrato (si aplica).
- Acta de liquidación.

Estos son los documentos y actos que, por modalidad de selección, se debe verificar su publicación en el SECOP. Ahora bien, es importante tener en cuenta que hay documentos, sobre todo de los estudios previos, que por su tamaño y densidad son difíciles de publicar o de “bajar” del portal. Por ello es que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015 señala que en el acto de apertura se debe señalar el “*lugar físico* o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos”. (Resaltado nuestro). Consideramos que, para garantizar el principio de transparencia y que los interesados puedan acceder a la documentación del proceso en condiciones de igualdad, la auditoría debe verificar que desde que se inició el proceso con el aviso de convocatoria, se indicó el lugar donde se podían consultar los documentos que no fueron publicados en el SECOP. Es importante que los interesados en la etapa de observaciones al proyecto de pliego puedan acceder a toda la documentación del proceso y para ello, se les informe el lugar físico donde pueden consultarla en caso de que toda no se encuentre publicada en el SECOP.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *De los contratos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, s. f.
- AMAYA OLAYA, URIEL ALBERTO. *Teoría de la responsabilidad fiscal*, Bogotá, Externado, 2002.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. "Control fiscal", en *Régimen de las entidades territoriales*, Bogotá, Externado, 2000.
- BALBIN, CARLOS F. *Manual de derecho administrativo*, 3.^a ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.
- BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- CALA HEDERICH, ÁLVARO; JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO, HELENA HERRÁN DE MONTOYA, MARIANO OSPINA HERNÁNDEZ, GERMÁN ROJAS y CARLOS RODADO NORIEGA. *Gaceta Constitucional*, n.º 53, jueves 18 de abril de 1991, p. 19, disponible en [<http://babel.banrepcultural.org/cdm/compoundobject/collection/p17054coll26/id/3850/show/3804/rec/4>].
- CALA HEDERICH, ÁLVARO; JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO, HELENA HERRÁN DE MONTOYA, MARIANO OSPINA HERNÁNDEZ, GERMÁN ROJAS y CARLOS RODADO NORIEGA. *Gaceta Constitucional*, n.º 77, lunes 20 de mayo de 1991, p. 2, disponible en [<http://babel.banrepcultural.org/cdm/compoundobject/collection/p17054coll26/id/3850/show/3781/rec/1>].
- CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. *Criterios de auditoría en control fiscal y control interno a la contratación pública*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-, 2018, disponible en [<http://www.ilae.edu.co/web/libros-html/libro-377/index.html>].
- CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. "El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991", *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. IX, n.º

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal

17, julio-diciembre de 2018, disponible en [http://www.ilae.edu.co/Ilae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/256].

CÁRDENAS URIBE, JULIO CÉSAR. *El control fiscal a la contratación pública en etapa pre-contractual*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018.

Código Civil de Colombia, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 18 de enero de 2014, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Externa n.º 6, “Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación”, de 27 de septiembre de 2013, disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20130927circularcit.pdf].

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía” (M-MSMC-02), disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia.pdf].

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación”, disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf].

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. “Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación (M-ICRC.01)”, disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf].

CONRADO IMITOLA, ROQUE LUIS. *Régimen del control fiscal*, Bogotá, Ibáñez, 2015.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA:

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 26 de marzo de 1998, radicación 1.089.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 14 de mayo de 2014, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 18 de octubre de 2000, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 14 de agosto de 2003, expediente 22848, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

Bibliografía

- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de junio de 2005, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de junio de 2007, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 3 de diciembre de 2007, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 31 de agosto de 2011, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de febrero de 2012, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 24 de abril de 2013, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de junio de 2013, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 24 de julio de 2013, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2014, C. P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, CC. PP.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA y HERNÁN ANDRADE RINCÓN.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 26 de noviembre de 2014, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de octubre de 2017, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1.º de marzo del 2018, C. P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto 80112-EE40091, de 17 de julio de 2009, disponible en [http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/cgn_40091_09.pdf].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República*, Bogotá, CGR, junio de 2017, disponible en [<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/694671/Principios%2C+fundamentos+y+aspectos+generales+para+las+auditor%C3%ADas+en+la+Contralor%C3%ADa+General+de+la+Rep%C3%BAblica.pdf/9f024725-6bb2-4307-b89f-94440b439802>].

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Resolución Orgánica 7350 de 29 de noviembre de 2013, *Diario Oficial*, n.º 48.993, de 3 de diciembre de 2013, disponible en [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_contraloria_7350_2013.htm].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-534 de 11 de noviembre de 1993, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-534-93.htm>].

Sentencia C-068 de 25 de febrero de 1993, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-068-93.htm>].

Sentencia C-417 de 4 de octubre de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-417-93.htm>].

Sentencia C-229 de 25 de mayo de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-229-95.htm>].

Sentencia C-490 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-490-96.htm>].

Sentencia C-189 de 6 mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-189-98.htm>].

Sentencia C-113 de 24 de febrero de 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-113-99.htm>].

Sentencia C-623 de 25 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-623-99.htm>].

Sentencia C-364 de 2 de abril de 2001, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-364-01.htm>].

Bibliografía

- Sentencia C-648 de 13 de agosto de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm>].
- Sentencia C-205 de 11 de marzo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-205-03.htm>].
- Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>].
- Sentencia C-504 de 4 de julio de 2007, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-504-07.htm>].
- Sentencia C-380 de 23 de abril de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-380-08.htm>].
- Sentencia C-693 de 9 de julio de 2008, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-693-08.htm>].
- Sentencia C-030 de 1.º de febrero de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-030-12.htm>].
- Sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>].
- Sentencia C-334 de 13 de junio de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>].
- Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>].
- CORTE CONSTITUCIONAL *et ál.* *Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Legis, 2016.

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal

Decreto 591 de 26 de febrero de 1991, *Diario Oficial*, n.º 39.702 de 26 de febrero de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1125662>].

Decreto 1826 de 3 de agosto de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.473, de 4 de agosto de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1357188>].

Decreto 111 de 15 de enero de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.692, de 18 de enero de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1024830>].

Decreto 568 de 21 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.751, de 22 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1121366>].

Decreto 066 de 16 de enero de 2008, *Diario Oficial*, n.º 46.873, de 16 de enero de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1702418>].

Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.º 47.043, de 7 de julio de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1769669>].

Decreto 734 de 13 de abril de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.400, de 13 de abril de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1725352>].

Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, *Diario Oficial*, n.º 48.854, de 17 de julio de 2013, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1300366>].

Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019920>].

Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015, *Diario Oficial*, n.º 49.523, de 26 de mayo de 2015, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019891>].

Decreto-Ley 019 de 10 de enero de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.308, de 10 de enero de 2012, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html].

DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA, *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección*, Buenos Aires, Abeledo Perrot. 2014.

Bibliografía

- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3714, de 1.º de diciembre de 2011, disponible en [<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>].
- DOMÍNGUEZ GIRALDO, GERARDO. *Indicadores de gestión y resultado*, Bogotá, Dike, 2005.
- DOMÍNGUEZ GIRALDO, GERARDO y LINA MARÍA HIGUITA RIVERA. *El nuevo control fiscal*, Bogotá, Dike, 2002.
- DROMI, ROBERTO. *La licitación pública*, 4.ª ed., Buenos Aires, Lamprea, 2010.
- DUQUE BOTERO, LUZ JIMENA y FREDY CÉSPEDES VILLA. *El control fiscal y la responsabilidad fiscal*, Bogotá, Ibáñez, 2018.
- DUQUE ESCOBAR, IVÁN. *Control fiscal*, Bogotá, Impresa Editores, 1980.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Externado, 2003.
- GAVIRIA CORREA, GONZALO. *Nuevo manual de control interno*, Bogotá, Temis, 2006.
- GONZÁLES LÓPEZ, EDGAR. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, Bogotá, Externado, 2010.
- GUECHA MEDINA, CIRO NOLBERTO. *Contratos administrativos*, Bogotá, Ibáñez, 2015.
- HELLER, HERMAN. *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1955.
- IVANEGA, MIRIAM M. *Control público*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- Ley 42 de 26 de enero de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.732, de 27 de enero de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1788293>].
- Ley 43 de 1.º de febrero de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.735, de 1.º de febrero de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1598348>].
- Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>].
- Ley 87 del 29 de noviembre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.120, de 29 de noviembre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1629910>].

El control fiscal interno y externo en la etapa de planeación de la contratación estatal

- Ley 152 de 15 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.450, de 19 de julio de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1651907>].
- Ley 179 de 30 de diciembre de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.659, de 30 de diciembre de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1653981>].
- Ley 226 de 20 de diciembre de 1995, *Diario Oficial*, n.º 42.159, de 21 de diciembre de 1995, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1656416>].
- Ley 361 de 7 de febrero de 1997, *Diario Oficial*, n.º 42.978, de 11 de febrero de 1997, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1658774>].
- Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832980>].
- Ley 550 de 30 de diciembre de 1999, *Diario Oficial*, n.º 43.836, de 30 de diciembre de 1999, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662517>].
- Ley 617 de [6 de octubre de] 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.188, de 9 de octubre de 2000, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1664753>].
- Ley 734 de 5 de febrero de 2002, *Diario Oficial*, n.º 44.708, de 13 de febrero de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1667339>].
- Ley 816 de 7 de julio de 2003 *Diario Oficial*, n.º 45.242, 8 de julio de 2003, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1668943>].
- Ley 1122 de 9 de enero de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.506, de 9 de enero de 2007, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674413>].
- Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691, de 16 de julio de 2007, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674903>].
- Ley 1474 de 12 de julio 2011, *Diario Oficial*, n.º 48.128, de 12 de julio de 2011, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1681594>].

Bibliografía

- Ley 1712 de 6 de marzo de 2014, *Diario Oficial*, n.º 49.084, de 6 de marzo de 2014, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>].
- Ley 1882 de 15 de enero de 2018, *Diario Oficial*, n.º 50.477, de 15 de enero de 2018, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30034454>].
- LOW MURTRA, ENRIQUE y JORGE GÓMEZ RICARDO. *Teoría fiscal*, Bogotá, Externado, 1997.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2010.
- PINO RICCI, JORGE. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Externado, 2005.
- POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Tratado de las obligaciones por Pothier*, Primera Parte, Barcelona, ed. Imprenta y Litografía J. Roger, 1939.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas, Bogotá, PGN, 2010, disponible en [<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>].
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2017.
- SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. *Estudios de derecho contractual público*, Bogotá, Legis, 2014.
- VÁSQUEZ MIRANDA, WILLIAM. *Control fiscal y auditoría de Estado en Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000.
- YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho del control fiscal y del control interno*, Bogotá, Ibáñez, 2015.

EL AUTOR

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Gestión de Entidades territoriales y Magíster en Gobierno Municipal de la misma casa de estudios. En la actualidad, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con mención en derecho administrativo. Ha sido profesor en derecho administrativo general, contratación estatal, servicios públicos y control fiscal en las universidades Externado, Libre de Pereira, Nacional de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Santo Tomás.

Contralor Delegado Sector Social. Ha sido Vice Contralor General de la República (e); Contralor delegado para el sector de la Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Gerente Nacional Administrativo y Financiero; Asesor de entidades públicas y privadas.

Es autor de los libros: *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios* (2017), *Criterios de auditoría en control fiscal y control interno a la contratación pública* (2018), *El control fiscal a la contratación pública en etapa precontractual* (2018), *Los contratos en las empresas de servicios públicos domiciliarios* (2003); el artículo: “El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991” (2018), la ponencia “La responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios”, en *Segundas Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo* (2002) y es coautor de *Guías para la Contratación Pública Transparente y Eficiente* (2015-2016).



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en julio de 2019

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia