

SOBREPREGIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Presentado Por:

JULIETH PAOLA VALDÉS PERPIÑAN

Director de Tesis:

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA

TESIS DE GRADO

MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ D.C.

2012

Dedico el presente trabajo de investigación

A Dios por impartirme Sabiduría y Guiarme Constantemente

A Carlos, mi esposo, por su Amor y Apoyo incondicional

A mis padres y hermanos por ser Motivo de Inspiración

Gracias a todos

SOBREPREGIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

ÍNDICE GENERAL

	PÁGS.
INTRODUCCIÓN	4-6
CAPÍTULO I	
EL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	
1.1. Concepto de precio	7-9
1.2. Naturaleza y características	9-13
1.3. Criterios para su determinación	13
1.3.1 Estudio de condiciones y precios del mercado	13
a. Reglas Generales	13-17
b. Estudio de condiciones y precios del mercado a través del sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal - SICE (Operatividad y eficacia).	18-24
1.3.2. Presupuesto oficial como base para determinar el precio del contrato	24-28
1.4. La fijación del precio	28-34
1.4.1. Adquisición o suministro de bienes y servicios de condiciones y características técnicas uniformes y de común utilización.	29-31
1.4.2. Otras maneras de fijar el precio en el contrato estatal	31-35
1.5. Revisión y reajuste de precios	35-39
CAPÍTULO II	
2. EL SOBREPREGIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	
2.1. Reseña histórica	39-41
2.2. Concepto y definición del sobrepregio	41-46
2.3. Breve recuento del manejo del sobrepregio en Colombia	46-54
2.3.1. Decreto – Ley 150 de 1976	46-48
2.3.2. Decreto – Ley 222 de 1983	48
2.3.3. Ley 80 de 1993	48-49
2.3.4. Leyes posteriores	49-51
2.3.5. El sobrepregio en la jurisprudencia	51-54
2.4. El sobrepregio en contratos estatales a la luz del derecho comparado	54-55

2.4.1. América	55-59
2.4.2. Europa	59-61
2.4.3. UNIDROIT	61-62
2.5. Ocurrencia del sobreprecio a través de la fijación de ítems no previstos y/o modificaciones al contrato vía adición del mismo	63-66

CAPÍTULO III

3. POSIBLES ACCIONES PARA SUSPENDER O ANULAR UN CONTRATO CON SOBREPICIOS EN EJECUCIÓN

3.1. Nulidad del contrato estatal por ocurrencia del sobreprecio	66-71
3.2. Procedencia de la lesión enorme por sobreprecios	71-75
3.3. Acción popular	75-80
3.4. Procedencia de la acción de Tutela por sobreprecios	80-82

3.5. RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES INTERVINIENTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.5.1. Responsabilidad del servidor público	
3.5.1.1. Responsabilidad Penal del servidor público	82-87
3.5.1.2. Responsabilidad Disciplinaria del servidor público	87-97
3.5.1.3. Responsabilidad Fiscal del servidor público	97-105
3.5.1.4. Responsabilidad civil de la entidad y del servidor público	105-107
3.5.2. Responsabilidad del contratista	107-113

CONCLUSIONES	114-117
BIBLIOGRAFIA	118-128

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal es un área del derecho que reviste especial importancia, por cuanto a través de ella se invierten recursos públicos en todo el engranaje del Estado mediante obras, servicios o suministros. A través de los contratos estatales debe buscarse el cumplimiento de los fines estatales, la continua, real y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Sin embargo, en la articulación de la contratación estatal no siempre se cumplen a cabalidad los fines estatales ni se busca el bienestar de la comunidad, pues se presentan diversos fenómenos que configuran abuso o desvío de poder, calificados comúnmente como prácticas corruptas y que son la representación de la prevalencia de intereses particulares sobre el interés general.

Las prácticas más comunes de corrupción en los contratos estatales son la indebida o fallida planeación de las obras que muchas veces lleva a que se tengan que reconocer reajustes con valores superiores a las obras iniciales en beneficio del contratista y el diseño de obras innecesarias y costosas que se contratan por fuera de los precios del mercado, todo con el propósito de crear el camino que permita adjudicarles a determinadas personas y desviar los recursos públicos en manos de funcionarios y particulares, prácticas que no solo se surten en la etapa previa de selección de contratistas, sino que se presentan durante su ejecución y hasta su liquidación.

Todas estas actuaciones se han utilizado como una oportunidad para que algunos políticos y empresarios hayan conformado una alianza estratégica con los funcionarios internos de la entidad dirigida a saquear a las administraciones públicas. Por ello, los políticos corruptos financian sus campañas a través de inversiones de empresas a las que luego compensan con la adjudicación de contratos públicos, para que luego, los empresarios puedan recuperar sus inversiones mediante sobrepuestos, deducciones en la calidad o cantidad de los materiales, facturación falsa o renegociando el contrato con otro empresario a través de la subcontratación y a su vez los funcionarios pueden recibir la compensación económica esperada a través de éstas prácticas corruptas.

Como muestra de ello, escuchamos decir con frecuencia en medios de comunicación que una entidad estatal pagó una obra pública muy por encima de los precios del mercado o que canceló a un profesional honorarios demasiado altos por la prestación de sus servicios o que el peaje que se permite cobrar en Colombia es el más caro del mundo o que la entidad compró carros, elementos de papelería o computadores a precios excesivos injustificados.

Así las cosas, es importante cuantificar en cada contrato si los bienes, obras o servicios recibidos son proporcionales al dinero entregado al contratista por los mismos, pues de romperse esa ecuación a favor del contratista, lo recibido en exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público, generado por una conducta antieconómica e ineficiente de la entidad.

En consecuencia, se ha clasificado dentro de esas conductas que atentan contra el patrimonio público, los denominados “**SOBREPICIOS**” que se han entendido de manera inicial como el cobro de un valor muy por encima de los precios del mercado por la venta de un bien o la prestación de un servicio o por el engaño en el valor de una obra.

Por lo tanto, al ser el sobreprecio uno de los fenómenos que más ha venido minando las arcas públicas, es de suma importancia estudiar a través de la presente investigación situaciones que dan lugar a los siguientes interrogantes: ¿Siempre que se presentan cobros de valor por encima de los precios del mercado, hay sobreprecios? ¿Es posible evitar que se den sobreprecios, dada la legislación actual y los vacíos legales que se vislumbran? ¿Qué acciones se pueden emprender cuando este evento se presenta? ¿Cuál es el papel que han cumplido los entes de control al respecto? ¿Cómo se resarce el erario público ante un daño causado por sobreprecios en un contrato estatal? ¿Cómo se suspende o se da por terminado un contrato con sobreprecio cuando se encuentra en ejecución? ¿Qué ha dicho la jurisprudencia de las altas cortes al respecto? ¿Es posible incluir modificaciones legislativas u otras sugerencias, frente a este tema?

Para responder a estos y otros interrogantes sobre el tema que nos ocupa, se pretende hacer un análisis detallado del sobreprecio que nos conduzca a dilucidar los alcances de la definición del mismo, y así poder determinar cuándo se puede decir si en realidad existió un sobreprecio, es decir, cuando la utilidad no es razonable y cuando el precio del contrato no está determinado por los precios del mercado, así como también, la incidencia de la aplicación del principio de planeación en el sobreprecio y además, como se ha venido manejando este fenómeno en nuestro país, para posteriormente determinar cuáles son las herramientas e instrumentos jurídicos con los que actualmente cuenta el Estado colombiano y los ciudadanos para proteger el patrimonio público minado por dicho fenómeno y de manera general abarcar todo lo atinente al sobreprecio en la contratación estatal a fin de establecer si nuestro ordenamiento jurídico es capaz, coherente, eficaz y eficiente para enfrentar esta problemática o si por el contrario, la ausencia o incongruencia de leyes al respecto, nos llevará a sugerir modificaciones o inclusiones legislativas al tema en cuestión.

Por ello al escoger este tema como objeto de mi trabajo de investigación pretendo compilar en un documento la mayoría de los aspectos relevantes en cuanto a sobreprecios se refiere y así poder contribuir al mejoramiento de la calidad, eficiencia, eficacia y transparencia en la contratación pública en Colombia, proponiendo instrumentos útiles en la recuperación de los dineros públicos malversados con ocasión de los mismos, para que tanto los organismos

de control, como los empleados públicos y los contratistas y en general la sociedad cuenten con más herramientas que les permitan coadyuvar en la preservación del patrimonio público.

De igual manera, dados los tiempos actuales en los que cada día se ven más casos de corrupción que finalmente perjudican el patrimonio público de todos y que en términos generales impiden que las obras y servicios del Estado lleguen finalmente a quienes lo necesitan, se busca con el tema objeto de investigación ayudar a identificar con claridad cómo opera el fenómeno del sobreprecio en sus diferentes modalidades y como en un momento determinado éstos se puedan prevenir o atacar y además una vez ocurrido establecer sus consecuencias y las diferentes responsabilidades de las que serían objeto los actores involucrados en su acontecimiento.

Por otra parte, vale la pena resaltar, que se hará una alusión el tema del infraprecio o precio artificialmente bajo,¹ por tratarse de un punto complementario al estudio del sobreprecio, pero no se abordará de manera profunda ni relevante, pues dicho análisis requiere de un tratamiento de diferentes componentes al tema que nos ocupa.

Así las cosas, espero que ésta investigación sea un instrumento de ayuda en el crecimiento de la conciencia colectiva acerca de la necesidad y el deber sagrado de defender el patrimonio público, que a final de cuentas insistimos es el dinero con el que todos contribuimos para que el estado garantice la prestación de servicios esenciales y propenda por el bienestar de todos sus habitantes.

¹ Ver Páginas 24 a 29

PRIMER CAPÍTULO

EL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.1. Concepto

El precio es el valor que se da a cambio de un bien o servicio², por lo cual constituye el medio a través del cual se comunican los elementos que participan en la economía y ofrece incentivos para utilizar de modo eficiente los recursos escasos³. En este sentido, el precio es la cantidad de dinero que es ofrecida a cambio de una mercancía o servicio⁴. La denominación otorgada al precio varía en cada caso: en los servicios de mano de obra el precio se denomina sueldo o salario; en los préstamos de dinero o capital se llaman intereses; y en el alquiler de la tierra, se designan como renta⁵.

Algunos economistas consideran que el concepto de precio se asimila al concepto de valor, definiéndolo como el valor pecuniario que se estima de una cosa. Es decir, el valor de un bien o servicio en términos monetarios.⁶

A contrario sensu, otros analistas coinciden en que es necesario distinguir la diferencia entre los conceptos de precio y valor de un bien o servicio; teniendo en cuenta que el valor se ha definido como la capacidad que tiene o se concede a cualquier objeto que se usa para satisfacer una necesidad o un deseo humano. Ello quiere decir que el valor es la importancia que tienen o se concede a los bienes y servicios que usamos para satisfacer nuestras necesidades⁷, mientras que el precio se ha definido como la cualidad intrínseca de la mercancía que permite la función de uso y la función de cambio⁸.

Al respecto POSNER, indica que debe hacerse una distinción entre valor, utilidad y eficacia, precisando al respecto que el valor económico de algo es lo que alguien esté dispuesto a pagar por ello o si ya lo tiene, la cantidad de dinero que pide para privarse de ese algo, mientras que la utilidad, se emplea en el análisis del valor de un costo o un beneficio esperado o incierto y por último la eficacia, que se emplea para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor.⁹

² STIGLITZ, Joseph E., Economía, 1ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., 1994, Barcelona (España), Págs. 105 – 106.

³ STIGLITZ, Joseph E., Economía, 1ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., 1994, Barcelona (España), Págs. 105 – 106.

⁴ BRAND, Salvador Osvaldo, Diccionario de Economía, Plaza y Janes Editores, 1984, Bogotá, Págs. 616-617.

⁵ BRAND, Salvador Osvaldo, Diccionario de Economía, Plaza y Janes Editores, 1984, Bogotá, Págs. 616-617.

⁶ LARA, José Manuel, Economía Planeta – Diccionario enciclopédico, 1ª Edición, Editorial. Planeta, 1982 Barcelona, Pág. 520

⁷ ZORRILLA ARENA, Santiago, Méndez José Silvestre, Diccionario de Economía, 2ª Edición, Editorial Limusa S.A, 1994, México D.F., Pág. 235

⁸ ZORRILLA ARENA, Santiago, Méndez José Silvestre, Diccionario de Economía, 2ª Edición, Editorial Limusa S.A, 1994, México D.F., Pág. 235

⁹ POSNER, Richard A., El análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición en Español, México, 2007, p. 36-37.

Estos conceptos han sido objeto de diversos enfoques. Para los clásicos y el marxismo, el valor de las mercancías depende de la cantidad de trabajo necesario para la producción, mientras que para los subjetivistas, el valor se confunde con el precio y depende de la oferta y la demanda y a su vez, para los marginalistas el valor se mide en razón de la última mercancía producida.¹⁰

Ahora bien, al estudiar el concepto del precio en materia de contratación estatal, encontramos que MARIENHOFF, define el precio como un derecho fundamental del contratista que se manifiesta en la entrega que haga la administración pública de aquello a que expresa o implícitamente se obligó a hacer o a dar, por ejemplo, el pago del precio de las cosas o producto objeto de un contrato de suministro; o en un contrato de obra, en que la administración ponga a su disposición los terrenos, materiales, planos, moldes o diseños, etc.; derecho al “sueldo” de los trabajadores y demás ventajas. En fin, ese derecho se traduce en la posibilidad que tiene el contratista de percibir el precio correspondiente o sea una suma dinero estipulada a su favor.

Entre tanto y coincidiendo con la anterior definición, encontramos que BUSTELO define el precio como un derecho fundamental de la contratación administrativa, que asiste al contratante privado de percibirlo, es decir, “*de recibir la remuneración estipulada en su favor, como retribución por las contraprestaciones que se comprometió a ejecutar*”¹¹. Se trata de la prestación estipulada a favor del contratista, a que se obliga la administración a efectuar o reconocer, conforme a los términos expresamente previstos en el contrato o, en su defecto, según las normas generales sobre pago que sanciona el derecho común¹².

Agrega el autor, que el precio no es tan solo un derecho del contratante privado; es además, un elemento esencial de la contratación misma, ya que precisamente él ha auxiliado o permitido a la administración definir de entre todas las ofertas o propuestas que ha recibido cuál de ellas es la más conveniente y, por ende, la que debe ser adjudicada. Por lo mismo, cada vez que este precio no se paga, o se distorsiona como consecuencia de eventos externos a la voluntad de las partes, o se altera como consecuencia del ejercicio de ciertas prerrogativas de la administración, se afecta realmente la causa esencial del origen jurídico del contrato.¹³

Por su parte, la Ley 80 de 1993 aborda el concepto del precio, en su artículo 5° numeral 1¹⁴ estableciendo que el contratista “*Tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración*

¹⁰ BRAND, Salvador Osvaldo, *OP. Cit.*, Págs. 813-814.

¹¹ BUSTELO, Ernesto: Derechos y Obligaciones del Contratante Particular. Derecho al Precio, en Contratos Administrativos, Ismael Farrando (Director), Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, Pág. 587

¹² BUSTELO, Ernesto: Derechos y Obligaciones del Contratante Particular. Derecho al Precio, en Contratos Administrativos, Ismael Farrando (Director), Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, Pág. 587

¹³ MORAGA KLENNER, Claudio, Contratación Administrativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, Págs. 246-247.

¹⁴ Artículo 5° de la Ley 80 de 1993. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

pactada y a que el valor intrínseco de ella no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

Por su parte, DROMI¹⁵, se refiere al precio como la contraprestación solicitada por el oferente al licitante por la obra, servicio o suministro que se obliga a realizar y este debe ajustarse a las exigencias específicas previstas por las normas de la contratación administrativa y, supletoriamente a los recaudos genéricos establecidos en la legislación civil.

Continuando con los diferentes planteamientos en cuanto al precio en el contrato estatal, encontramos a PALACIO HINCAPIÉ¹⁶, quien analiza el precio como un factor de selección y ponderación que no puede ser considerado el factor determinante de la favorabilidad de la oferta (artículo 29 Ley 80/93), pero él aunado a todos los demás, permite seleccionar la oferta más favorable para los intereses de la entidad.

Una vez dilucidado el concepto de precio tanto en su sentido general como en materia de contratación estatal, es necesario dar paso a un principio fundamental que se aplica en los contratos estatales y que tiene una incidencia directa en el establecimiento del precio y por ende, su inobservancia en la ocurrencia de posibles sobrepuestos.

1.2. Naturaleza y características

El Código Civil Colombiano¹⁷ distingue en el contrato, materias de su esencia, de su naturaleza y accidentales, estableciendo que el contrato estatal se perfecciona cuando hay un acuerdo de las partes sobre objeto y contraprestación y ésta se eleva a escrito. Perfeccionar es cumplir requisitos para que el contrato tenga fuerza jurídica, es decir, la omisión de un requisito necesario desemboca en inexistencia del contrato y por tanto, carece de efectos.¹⁸

Así las cosas, dependiendo de las características propias del contrato a celebrar, el precio será un elemento de la esencia del mismo, que de no cumplirse dará lugar a su declaratoria de inexistencia.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

¹⁵ DROMI, Roberto, Licitación Pública. 2a edición actualizada. Buenos Aires. 1995. Págs. 361-362.

¹⁶ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, "La Contratación De Las Entidades Estatales", Primera edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Bogotá, 1997, Págs. 135-136 y 165-166.

¹⁷ Artículo 1501 del Código Civil. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

¹⁸ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro A., Contratos Estatales, 21 Edición, Editorial Temis S.A., 2007, Bogotá, Págs. 474-483.

Ello concuerda con lo manifestado por el Consejo de Estado,¹⁹ al afirmar que el acuerdo sobre el precio prometido al contratista es elemento esencial del contrato estatal, según la modalidad que se adopte y así mismo, la cláusula del precio es solo “estimada” o aproximada, sin fuerza vinculante, pues el total será el que resulte de la ejecución plena del objeto contractual. El valor estimado indica el costo probable del contrato para fines presupuestarios y fiscales, es decir, todo contrato estatal se celebra para la realización cabal del objeto contractual, sin que la obligación de las partes se limite a la “estimación” de la cláusula del precio.²⁰

Para el efecto, DROMI indica que existen criterios específicos a los que debe ajustarse el precio de la oferta. Tales como, que el precio debe ser: **a) En dinero:** La contraprestación exigida en la oferta debe ser en dinero, sea en moneda nacional o extranjera. Las cotizaciones se formularán en pesos, a menos que en las cláusulas especiales se admita hacerlo en otra moneda; **b) Cierto e incondicionado:** La especificación del precio debe ser cierta en números y el total general de la propuesta, en base a la alternativa de mayor valor, expresado en letras y números; **c) Real e intangible.** El precio señalado por el oferente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido. El precio no puede ser irrisorio o vil, pues eso puede significar un eventual incumplimiento del contrato o eventuales conflictos por imprevisión, lesión, abuso del derecho, etc., que la contratación administrativa debe eludir y además, el valor fijado no puede ser alterado unilateralmente por ninguna de las partes del futuro contrato. Sin embargo, esta característica no obsta a que el precio sufra variaciones cuando las mismas estuvieren previstas, o cuando elementos no contractuales produzcan su alteración, a fin de mantener la intangibilidad de las prestaciones.²¹

Por su parte, PALACIO HINCAPIÉ²², establece que la consideración del precio como un factor de selección y ponderación dependerá de la naturaleza del contrato, pues si se trata de un suministro, nadie niega la importancia de este factor, pero si se trata de la elaboración de un diseño arquitectónico o de una escultura, el precio tendrá un perfil inferior, frente a factores como la calidad del contratista y su experiencia.

Así mismo, se debe indicar si el precio o valor de comparación económica de las propuestas de un contrato de obra, será el precio total por ítem, o el precio global; pero cuando se trate de suministros, ese valor debe referirse a un punto de entrega determinado ya sea en las instalaciones de la entidad, en el lugar de la obra o un puerto determinado, caso en el cual el valor de los fletes y seguros hacen parte del valor a comparar.

Por ello, insiste este autor que, dentro del pliego de condiciones y/o invitación a ofertar, los criterios que regularán el precio, deben quedar consignados con toda claridad, ya que constituye la obligación principal que asume la entidad frente al contratante particular. La

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1121 del 26 de agosto de 1998, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439, 18 de julio 2002; Consejero Ponente: Susana Montes.

²¹ DROMI, Roberto, Licitación Pública. 2a edición actualizada. Buenos Aires. 1995. Págs. 361

²² PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, “La Contratación De Las Entidades Estatales”, Primera edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Bogotá, 1997, Págs. 135-136 y 165-166.

forma en que se determinará el precio, el momento del pago y el modo de hacerlo deben quedar consignados e igualmente se le debe indicar las pautas a los oferentes para su formulación en la oferta, pues si no se expresa nada, se entenderá que pueden presentar precios firmes o reajustables a su conveniencia, si se pacta una suma global o un precio unitario. En todo caso, el precio encierra el motivo que induce al contratista a obligarse con la entidad, constituye un elemento esencial del contrato y su reconocimiento debe mantenerse, con su mismo valor intrínseco hasta la terminación de la relación, protegido por el equilibrio económico que debe regir el pacto suscrito entre las partes. Para tal efecto, en el pliego o invitación a ofertar, se debe indicar la fórmula de actualización de los precios.²³

De igual manera, encontramos, los planteamientos del tratadista RIVERO ORTEGA,²⁴ quien hace un estudio del precio en el contrato estatal, indicando la existencia de un triple dogma: **precio cierto, precio de mercado y precio justo**. Para explicar estos dogmas hace un análisis de la concepción y manejo del precio en el Derecho privado y sus principios inspiradores en los distintos ordenamientos, para luego compararlos y diferenciarlos de las reglas establecidas en cuanto al precio en materia de derecho público.

Indica el autor, que en materia de Derecho privado, la autonomía de la voluntad de las partes y el principio de libertad de pactos deja al arbitrio de las partes contratantes la fijación del precio, es decir, en todos los matices la libertad es la regla, siendo los límites, en materia de precios, barreras externas a la autonomía privada de las partes, mientras que en los contratos públicos los límites son internos. Además, en materia de derecho público la sumisión de la administración al principio de legalidad supone particulares exigencias a sus agentes a la hora de contratar, exigencias proyectadas también sobre la fijación del precio y su mantenimiento durante la ejecución del contrato; de igual manera, los principios de la buena administración, obligan a los entes públicos a buscar el mejor precio posible en sus adquisiciones, lo que no puede exigirse a los sujetos privados cuando gestionan su propio patrimonio, que pueden incluso dilapidarlo.²⁵

En consecuencia, RIVERO ORTEGA plantea el triple dogma del precio, de la siguiente manera:

- a. **Precio cierto.**- En el derecho privado resulta perfectamente admisible que numerosas relaciones contractuales estén marcadas por cierta informalidad, por ejemplo, si no se solicita un presupuesto y se encarga la ejecución de una obra o la realización de un servicio, no quiere decir que no surjan obligaciones resultantes de tales encargos. Los particulares, en nuestra vida cotidiana, realizamos un gran número de encargos sin preguntar previamente cuanto nos va a costar, sobre todo tratándose de pequeños productos o servicios, de los que no siempre conocemos el precio. Por supuesto es una muestra de diligencia, de buena administración privada,

²³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, La Contratación de las Entidades Estatales, *Op. Cit.* 165-166 P.

²⁴ ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. Tomo II, Primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2006, Págs. 893-906.

²⁵ ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. Tomo II, *Op., Cit.* 906p.

preguntar primero cuanto nos va a costar cada producto o servicio, pero si no lo hacemos no invalidamos por ello el negocio en cuestión.

Entre tanto, la administración no puede obrar así, no puede encargar un servicio o un producto desconociendo el precio del mismo. Esta es una primera gran diferencia entre los contratos públicos y privados en relación al precio. Es por ello que los contratos administrativos siempre deben tener un precio cierto. No obstante, este principio tiene un carácter relativo; por ejemplo, en los contratos de obra a tanto alzado en el derecho español, que se podría decir, es el mismo contrato de obra a precio global contemplado en el derecho colombiano se admiten modificaciones que varían el precio del contrato, así como también, en los casos de urgencia manifiesta²⁶ en los cuales por las características propias de la necesidad comunitaria a satisfacer no se cuente con tiempo de llamar a una licitación pública o privada, así como tampoco, de discutir el precio con el oferente y, por ende, de establecer un precio cierto del contrato.

Las razones económicas y gerenciales del principio del precio cierto son también de orden presupuestario y jurídico. Entre las presupuestarias, está la necesidad de anticipar el gasto derivado de un determinado contrato, así como de ajustar este desembolso en la medida de lo posible. Como principal razón jurídica, se encuentra la protección de la competencia y la igualdad de los contratistas durante la licitación, potencialmente defraudable mediante modificaciones de precios imprevisibles para que los proponentes presenten sus ofertas.²⁷

- b. Precio de mercado.-** *¿Puede exigirse en la contratación privada que los precios se ajusten al mercado?* No necesariamente, pues en cada negocio se puede pactar un precio distinto con independencia de cuales sean los precios del mercado. En cambio, en materia de contratos estatales la legislación aplicable ordena a los órganos de contratación procurar que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado, estableciendo así una prohibición de sobreprecio.

En derecho privado, por virtud del principio de libertad de pactos, hay un amplio margen de libertad en cuanto a la estipulación del precio, mientras que en los contratos administrativos desaparece el criterio especulativo y por parte de la administración, falta el ánimo de lucro, pues se supone que ningún funcionario público o autoridad en concreto debe enriquecerse con las decisiones contractuales (dentro de la legalidad) y en aplicación del principio de eficiencia se deben establecer procedimientos de búsqueda del mejor precio posible. Sin embargo, no terminan en el proceso de selección, las garantías de búsqueda del precio de mercado. Para evitar prácticas colusorias²⁸ de los contratistas pueden utilizarse precios de referencia como criterio de control del ajuste de los precios al mercado.

²⁶ BARRA, Rodolfo Carlos, Contrato de obra pública, Tomo III. Editorial Ábaco De Rodolfo Depalma S.R.L. Tucumán 1429 4º, Buenos Aires, Págs. 874-875

²⁷ ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. Tomo II, *Op., Cit.* 899p.

²⁸ En el Código Penal Peruano encontramos la figura de la colusión (artículo 384).- *“Significan las prácticas entre licitantes o un plan arreglo entre dos o más proveedores con el fin de establecer precios de oferta a niveles artificiales y no competitivos, sean o no con el acuerdo o conocimiento de las autoridades gubernamentales”*

La utilización de la información previa y de otras administraciones puede facilitar la fijación del precio de referencia, pues quien mejor debe conocer los mercados de encargos públicos es la propia administración contratante.²⁹

- c. Precio justo.-** Es difícil contestar la pregunta de si debe ser justo el precio de los contratos privados, al respecto, DÍEZ-PICAZO Y GUILLÓN responde diciendo que: “El precio no ha de ser necesariamente el justo”.³⁰ Por tanto, en la contratación pública, podríamos plantearnos preguntas como las siguientes: *¿Puede ser la equidad un elemento correctivo de la certeza o determinación del precio?, ¿Puede dejarse en manos de la administración la corrección posible del precio previamente fijado sobre la base de criterios de equidad?* Dichos interrogantes no precisamente triviales pueden dar lugar a numerosos debates.

La teoría de la equivalencia económica que debe existir en todos los contratos estatales, puede suponer hasta cierto punto la introducción de la equidad en la compensación del contratista. También la teoría del enriquecimiento sin justa causa, puede suponer un principio contrario a precios claramente inequitativos.

Por último, éste autor, al intentar definir el precio de los contratos públicos, indica que la cifra final del precio de los contratos administrativos debe ser previsible y venir marcada por el procedimiento selectivo, que debe garantizar su adecuación al mercado y su carácter equitativo. Es así como la realización de los principios de determinación, adecuación al mercado y equidad, revisten gran importancia en la fijación del precio, especialmente cuando hay competencia en la licitación y ésta afecta el precio final del contrato, así mismo, la licitación o procedimiento de selección se convierte en garantía del cumplimiento de los principios básicos del precio, tales como; los principios de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad, que vienen a ser aportes instrumentales de la búsqueda del mejor precio posible.³¹

Así las cosas, se define el precio de los contratos públicos como el resultado de un procedimiento de búsqueda de una oferta de mercado, competitiva y ajustada al tipo de prestación realizada, con previa determinación legal o contractual de sus posibles variaciones.³²

1.3.Criterios para su determinación

1.3.1. Estudio de condiciones y precios del mercado

A. Reglas generales

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (Derogado por la Ley 1150 de 2007) establecía la obligación para la administración de efectuar la comparación de las propuestas, mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y

²⁹ ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. Tomo II, *Op., Cit.* 900p.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis – GUILLÓN, Antonio, Sistema De Derecho Civil, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, Vol. II.

³¹ ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. *Op., Cit.* 902p

³² ORTEGA RIVERO, Ricardo, *Op., Cit.*, 908p

los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

Posteriormente, este postulado es recogido nuevamente en el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007³³, advirtiendo a los servidores públicos que el cotejo de las propuestas debe hacerse mediante los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado.

Entonces, se infiere la obligación que tiene la entidad estatal de elaborar e incluir dentro del estudio de conveniencia y oportunidad, el análisis de las condiciones y precios del mercado que permita deducir cual es el valor razonable a pagar por un servicio o bien que en un determinado momento requiera la entidad.

De igual manera, este requisito se encuentra reglamentado en el artículo **2.2.1. del Decreto 734 de 2012**, como uno de los requisitos mínimos que deben contener los estudios y documentos previos, así:

“4) El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Esta importante exigencia que el legislador ha establecido en virtud del principio de planeación es el cumplimiento previo del análisis de mercado, o como lo denomina la ley de contratación estatal, el establecimiento previo y anterior al inicio de los procesos de selección y firma del contrato de los precios reales del mercado. Esto es, lo que, de acuerdo con las reglas del mercado pueda ser el costo de los bienes, servicios, suministros, etc. Teniendo en cuenta, el objeto u objetos a contratar, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato implique, tales como cantidad, calidad, especialidad.³⁴

³³ Artículo 5º de la Ley 1150 de 2007. De la selección objetiva.- *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

³⁴ SAMUELSON. Paul A. y WILLIAM D. Nordhaus. Economía, 15a ed., Madrid, Mc GrawHill, 1996. PP. 6,22 y ss.

Lo anterior con el propósito ineludible de que la administración no pague más, ni pague menos, de lo que verdaderamente cuestan en el tráfico jurídico ordinario dichos bienes o servicios y además se atienda al cumplimiento del principio de legalidad como presupuesto del contrato estatal y el no incurrir en la comisión de un delito. De allí la importancia del cumplimiento previo del análisis o estudio de los precios del mercado para la determinación del precio del contrato.³⁵

En este sentido, el Consejo de Estado ha afirmado que ningún contrato que implique erogación presupuestal por parte de la entidad estatal se encuentra exento de la exigencia de realizar un estudio de mercado, dado que “*no existe justificación legal alguna para que el patrimonio público sufra menoscabo e irrespeto a través del establecimiento de precios incoherentes con la realidad económica del servicio*”³⁶, pues con este requerimiento se pretende que el valor estimado del contrato obedezca a criterios de razonabilidad y objetividad dejando a un lado la improvisación o subjetividad de la administración.³⁷

Ello coincide con el postulado de la economía de mercado y de la libre competencia económica, instituida constitucionalmente a partir del artículo 333³⁸ de la Constitución, al indicar que las entidades estatales son otros sujetos más del mercado; por lo tanto, están vinculadas a todas aquellas reglas y normas que le determinan los precios dentro de esta economía libre y abierta, irresistiblemente regida por las leyes de la oferta y de la demanda.³⁹

Teniendo en cuenta la anterior base ideológica, el legislador estructuró la ley de contratación estatal. Precisamente con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se rompieron los históricos conceptos que se manejaban en el derecho de la contratación estatal, sobre los llamados precios oficiales. Con esta ley y con la instrumentación de la economía de mercado para el Estado, las instituciones públicas, las denominadas en el artículo 2° de dicha ley, no pueden imponer precios para los bienes y servicios que requieran, porque correrían el riesgo de pagar más de lo que realmente cuestan en el mercado, lo cual configuraría a todas luces una afrenta al patrimonio público. Igual situación se presentaría cuando quien desfigura los precios e induce a la administración a contratar en esas condiciones es el contratante o proponente, a través de precios artificialmente bajos o predatorios. En ambas hipótesis nos encontramos ante situaciones

³⁵ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos, OP, Cit., 148-149 p.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 23569 del 13 de noviembre de 2003.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 23569 del 13 de noviembre de 2003.

³⁸ Artículo 333 de la C.P.: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

³⁹ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos, Op, Cit., 148-149 p.

irregulares del mercado, que rompen sus reglas, por lo que el ordenamiento no cesa de reprocharlas.⁴⁰

En consecuencia, el punto medio, prácticamente de medición diaria por parte de las entidades estatales, es el de someterse a los precios del mercado. En este sentido, las llamadas listas de precios oficiales que manejan algunas entidades no pueden ser más que meros documentos orientadores o indicadores sobre los precios del mercado, cuando realmente de manera técnica, las entidades públicas los actualicen en forma permanente.⁴¹

Para el efecto, deben entenderse los precios del mercado como aquellos que consultan las condiciones particulares del lugar en el que se cumplirá el contrato; tales como: la distancia de acarreos materiales, los gastos de transporte, el valor de la mano de obra, los impuestos, así como también, la época prevista para la ejecución del contrato; aspectos que determinan el valor del contrato y además, las exigencias y condiciones particulares de la entidad; por ejemplo, los requisitos de calidad, garantía, forma de pago, etc.⁴²

De esta manera, el establecimiento de los mismos supone la utilización de metodologías y procedimientos de distinta naturaleza, que dependerán del tipo de contratación que se pretende celebrar y de las particularidades que ésta contenga. Por ejemplo, se recomienda, en el caso de los contratos de suministro y de compraventa consultar a los comerciantes y fabricantes de los productos teniendo en cuenta las cantidades que vayan a adquirirse, la forma de pago, el sitio de entrega, la garantía, la calidad, el valor razonable de intermediación, mientras que en los contratos de consultoría y prestación de servicios se deberá determinar los recursos que tiene que vincular el contratista para el cumplimiento de la prestación; tales como: personal, equipos, oficinas, gastos de administración, factor prestacional, imprevistos, utilidad, etc. En los contratos de obra la metodología más adecuada es realizar un análisis de precios que involucre el costo directo de materiales, de mano de obra, de maquinaria y los gastos de administración, imprevisto y utilidad.⁴³

Igualmente, pueden consultarse los precios y condiciones del mercado, a través de mecanismos como los siguientes⁴⁴:

- a. La solicitud de cotizaciones:** cuando se emplee ésta modalidad, las cotizaciones 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 ésta información incide directamente en el precio ofrecido.

⁴⁰ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos, *Op.*, Cit. 167-173.

⁴¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad. 4834 del 31 de marzo de 1995, C.P. Delio Gómez Leyva.

⁴² PINNO RICCI, Jorge, El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 164

⁴³ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.*, 165.

⁴⁴ CARREÑO GÓMEZ, María Eugenia. Recomendaciones Para la Elaboración de Estudios Previos – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas, *Op.*, *Cit.*, Págs. 40-42.

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.

- b. Consulta de base de datos especializados:** 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. Análisis de consumos y precios históricos:** 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 fluctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio. En todo caso, las características del bien o servicio deben ser las mismas entre una contratación y otra.

Así las cosas, la utilización de estas herramientas es de vital importancia, por cuanto los precios del mercado no pueden determinarse de manera arbitraria o subjetiva, ni pueden ser improvisados por la entidad pública. Dado que su medición y verificación son un problema de la técnica. Por lo anterior, deben sustentarse necesariamente en circunstancias verificables del mercado, pues no se les debe inventar la administración, sino que deben ser el producto de la realidad y variables económicas al momento de contratar.⁴⁵

En consecuencia, el gran compromiso de los responsables de la contratación en las entidades públicas es el de construir procedimientos técnicos tal y como los que hemos enunciado en este capítulo, previos a la escogencia de contratistas que permitan determinar los precios del mercado de una manera cierta, adecuada y justa. Por tanto, los precios resultantes de este trabajo investigativo constituirán referentes objetivos para limitar, comparar y criticar los precios de los oferentes y por ello, quienes tengan que adelantar este tipo de procedimientos siempre deberán respetar los precios del mercado, y para el efecto, realizar los estudios y evaluaciones previas que sean necesarios para este propósito.⁴⁶

La elaboración del estudio de condiciones y precios del mercado guardan relación directa con el principio contractual de la conmutatividad, según el cual, lo que una parte se obliga a dar, hacer o no hacer debe ser equivalente a lo que la otra parte, a su vez, debe dar, hacer o no hacer. Al respecto la doctrina precisa el alcance del concepto de conmutatividad indicando como elemento rector, la equivalencia de las obligaciones, señalando que: “*El significado semántico de equivalencia es el de igualdad en el valor, estimación potencia, o eficacia de dos o más cosas; y equivalente significa que equivale a otra cosa...*”⁴⁷ Desde este postulado, el precio o valor del contrato, es lo que una entidad pública o estatal paga a

⁴⁵ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos, *Op, Cit.*, 172 p.

⁴⁶ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos, *Op, Cit.*, 172 p.

⁴⁷ Artículo 28 de la Ley 80 de 1993. De la interpretación de las reglas contractuales. 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 tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

sus contratistas por efecto del cumplimiento del contrato, que dada la explicación anterior, no puede ser mayor o menor a lo que el bien, servicio, suministro, etc., vale realmente en el mercado y eso es lo que precisamente se busca determinar mediante dicho estudio.⁴⁸

B. Estudio de condiciones y precios del mercado a través del sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal - SICE (Operatividad y eficacia).

Uno de los principales problemas identificados en las compras y adquisiciones de bienes para el conjunto de entidades que integran la administración pública colombiana está relacionado con la falta de información tanto de las necesidades y presupuestos públicos, como de las entidades demandantes, así como también, de los oferentes de cada uno de los bienes y servicios públicos y de los precios de éstos, todo lo cual se refleja en sobrepuestos, recargos y comisiones. Por lo anterior, el legislador recoge la necesidad de las entidades estatales y de los entes de control de sistematizar y organizar las compras y adquisiciones de cada entidad estatal o del conjunto de entidades estatales que integran la administración pública colombiana, para obtener las mayores ventajas del mercado y maximizar la utilización de los recursos públicos.⁴⁹

Con esta intención se creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE, a través de la Ley 598 de 2000, junto con el Catalogo Único de Bienes y Servicios CUBS y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), delegando la reglamentación del sistema en la Contraloría General de la República,⁵⁰ para ser una herramienta eficaz y moderna en la lucha contra la corrupción derivada de los sobrepuestos pactados en la contratación estatal, por cuanto busca proporcionar toda la información relacionada con los bienes y servicios que adquiere el Estado en el desempeño de sus funciones, de manera oportuna y a precios reales del mercado, con el propósito fundamental de asegurar que las adquisiciones que se realicen se encuentren en un nivel de razonabilidad con determinados precios de referencia.⁵¹

El SICE se definió como *“un sistema de información, ordenación y control a cargo de la Contraloría General de la República, que integra todas las cifras del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real con los precios de referencia que posee la central de información, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos del Estado”*, cuya pretensión principal ha sido integrar todos

⁴⁸ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. *Op.*, Cit 167-173 p.

⁴⁹ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge E., Misión de Contratación – Hacia una política para la eficiencia y transparencia en la contratación pública, Tomo I, Publicado por el Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2002, Págs. 107-144.

⁵⁰ Así, los artículos 2,3 y 5 de la Ley 598 de 2000 claramente expresan que será el Contralor General de la República el encargado de definir, los métodos, principios e instrumentos, condiciones y mecanismos que den forma al SICE, al RUPR y al CUBS.

⁵¹ Ley 598 de 2000 - Concepto jurídico Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, Rad. 80112-2155 del 24 de julio de 2002.

los datos relevantes del proceso de contratación estatal, permitiendo su autorregulación, control institucional y publicidad de las operaciones".⁵²

Sus fines principales son:

- Garantizar el ejercicio del control fiscal.
- Garantizar los principios de la contratación.
- Evitar los sobrepuestos
- Generar una cultura del control social
- Fortalecer la gestión administrativa
- Ampliar la participación del número de proveedores.
- Mejorar sustancialmente el proceso de elaboración del presupuesto.
- Mejorar sustancialmente el proceso de elaboración de los planes de compras de las entidades públicas.⁵³

Así mismo, el SICE busca conceder a los actores públicos y privados la facilidad de conocer, en tiempo real, qué bienes, servicios y obras públicas compra el Estado, con sus cantidades y precios, quien los produce, quien los vende y con qué frecuencia se presentan las operaciones, fomentando así la transparencia y la publicidad en los contratos estatales, para que las entidades tengan elementos de juicio suficientes al contratar.⁵⁴

EL SICE, está conformado por cuatro elementos⁵⁵, definidos así:

- a. **El Catalogo Único de Bienes y Servicios -CUBS-**. Es la enumeración de los bienes y servicios clasificados, estandarizados y codificados que corresponden al universo de productos que pueden adquirir las entidades públicas.
- b. **El Registro Único de Precios de Referencia – RUPR -**. Es una base de datos que contiene los precios de referencia de los diferentes bienes y servicios que los proveedores están en capacidad de ofertar al Estado. Es el registro que cada proveedor debe hacer como requisito indispensable para participar en los procesos contractuales del Estado.
- c. **La Central de Precios**. Es una base de datos que consolida los precios de referencia, a que hace mención el Registro Único de Precios de Referencia –RUPR-, de los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores a las entidades del Estado, debidamente identificados con su NIT.

⁵² Artículo 2 de la Resolución 5313 de 2002.

⁵³ HERNÁNDEZ GAMARRA, Antonio, Contraloría General de la República, SICE, Informe Lucha contra la corrupción, Bogotá, 2006.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-716/02, expediente D-3981, M. P. MONROY CABRA, Marco Gerardo, Bogotá D.C., 2002

⁵⁵ SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. Cartilla editada por la Contraloría General de la República en unión con la Cámara de Comercio de Bogotá, Primera Edición. Febrero de 2002. Pág.33.

Tanto el SICE como los elementos que lo componen, se crearon como herramientas útiles para los proveedores de bienes, servicios y obras públicas de todos los órdenes (local, nacional o internacional), ya que desde cualquier ubicación geográfica a través de internet podrán conocer la demanda potencial y real del Estado colombiano durante cada vigencia presupuestal y preparar en línea, las propuestas de bienes, servicios y obras públicas que estén en disposición de ofertarle al Estado. En consecuencia, la funcionalidad del sistema se encuentra en la disponibilidad para todos los proveedores, pues hay mejor información, simétricamente distribuida y, por lo tanto, mejores condiciones para que el mercado opere con eficiencia.⁵⁶

Para la puesta en marcha de los propósitos mencionados la Contraloría General de la República implementó un sistema de organización flexible al interior de la entidad dirigido por consultores en virtud de los requerimientos del proyecto y las recomendaciones del BID, para la ejecución del SICE tratando de garantizar resultados sostenibles en el largo plazo y de obtener resultados exitosos en el desarrollo y ejecución del mismo.⁵⁷

De igual manera, junto con esta estructura orgánica, se estableció una red de cooperación entre la CGR y otros órganos del Estado, tales como el Ministerio de Hacienda, Telecom o la entidad que haga sus veces, el DANE y la Imprenta Nacional, con las cuales la CGR suscribió convenios, con el objeto principal de avanzar en la definición del marco legal, la implementación de comunicaciones, bases de datos, manejo de información y soportes de usuarios, garantizar la publicación de los contratos realizados por las entidades estatales, verificar la correcta elaboración de los planes de compras de dichas entidades y además ser una herramienta básica para el registro de precios de los bienes, servicios y obras que ofrecen los proveedores del estado colombiano.⁵⁸

Por ejemplo, con la implementación del SICE y con base en la información suministrada por el sistema acerca del umbral de precios y precios indicativos, se puede observar si el precio finalmente contratado (registrado por la Imprenta Nacional) está dentro del umbral o, por el contrario, presenta una distorsión significativa. Eso implica, en principio, un riesgo y, por consiguiente puede implicar el ejercicio de un control selectivo, en tiempo real, que indica con mayor certeza sobre qué entidad focalizar la acción auditora, sobre que contratos y en qué área específica, o iniciar un proceso de indagación preliminar o responsabilidad fiscal, si fuere el caso.⁵⁹

Así las cosas, a través del SICE y los subsistemas que lo integran se intenta reducir los niveles de corrupción. Dicha reducción está estrechamente ligada a la economía en las compras estatales, pues el sobreprecio en los contratos es el fenómeno más visible asociado con las prácticas corruptas en los procesos de adquisiciones del Estado y se ha esperado que, de acuerdo con la gradualidad del ingreso de entidades al sistema, se eliminen las pérdidas por sobreprecios para el erario, estimadas en por lo menos US\$ 2.300 millones

⁵⁶ SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. *OP, Cit.* 58 P.

⁵⁷ SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. *OP, Cit.* 61 P.

⁵⁸ SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. *OP, Cit.* 62-63 P.

⁵⁹ SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. *OP, Cit.* 66 P.

anuales, los cuales podría usarse en mejores alternativas como la reducción del déficit fiscal o el incremento del gasto social.⁶⁰

Por lo anterior, este sistema debe servir como elemento de apoyo para obtener el precio real que en el mercado tenga determinado producto o servicio, que servirá como punto de referencia, para junto con las cotizaciones presentadas por los oferentes y el análisis de las circunstancias propias de cada contratación, determinar cuáles son los precios razonables del mercado actuales y vigentes al momento de llevar a cabo cualquier contratación estatal.

No obstante, la Contraloría General de la República ha precisado que la central de precios se encarga de procesar y definir el umbral, *“pero el precio registrado no es un precio que obliga a los proveedores a contratar con el Estado, porque no están todas las condiciones relevantes del mercado”*. Es decir, no incluye, por ejemplo, los valores de los fletes, seguros y demás cuando el proveedor está ubicado en una ciudad diferente a donde tiene interés en contratar; tampoco están otros elementos, como las condiciones de pago, volúmenes y condiciones de entrega,⁶¹ etc., que obviamente determinan el precio. Por lo anterior, es claro que el sistema no está orientado a establecer un sistema de precios controlado por el Estado, por el contrario, persigue que las condiciones del mercado se puedan expresar libremente.⁶²

Así mismo, el Consejo de Estado⁶³ ha precisado que EL SICE constituye una herramienta de consulta que permite averiguar por los bienes ofrecidos a la administración pública estableciendo los mejores precios en el mercado y consultar quiénes los ofrecen y en dónde se ofrecen. Con ello, este sistema persigue darle transparencia y publicidad a los contratos celebrados con dineros públicos con el fin de contribuir en la disminución de los niveles de corrupción que aquejan a la Administración pública. No obstante, su carácter es únicamente informativo, pues ni los listados de bienes y servicios, ni las bases de datos de los proveedores, más los precios ofrecidos por éstos, constituyen condicionamiento alguno para la celebración del contrato. Así las cosas, consultar las bases de datos del SICE implica un deber adicional de responsabilidad para coadyuvar al buen manejo de los dineros públicos.

Ahora bien, al analizar la aplicación práctica de este sistema, se encuentra que todavía existen bienes y servicios que no aparecen codificados ni registrados en el SICE, así como también, se presentan varias excepciones a su aplicación, tales como, las establecidas en el Decreto 3512 de 2003⁶⁴, reglamentario de la Ley 598, en su artículo 18 que son: **a)** La adquisición de servicios y obras públicas que no estén codificados en el CUBS, **b)** Los bienes y servicios que se requieren para la Defensa y Seguridad Nacional, de acuerdo con

⁶⁰ SICE. Respuesta Institucional Contra la Corrupción, *Op. Cit.*, 15-34

⁶¹ Sin embargo, no debe olvidarse que el margen de distorsión definido en el artículo 5 de la Resolución 05313 de 2002, para efectos de calcular los umbrales superior e inferior, tiene en cuenta, fórmulas que atienden, entre otras cosas, a las condiciones de pago, el sitio de entrega, etc.

⁶² SICE. Respuesta Institucional Contra la Corrupción. *Op. Cit.* 35p.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 2 de febrero de 2005, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

⁶⁴ Ver texto completo Decreto 3512 de 2003, Por medio del cual se reglamente la organización, funcionamiento y operación del SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

lo dispuesto en el numeral 1 literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; **c)** La compraventa y el servicio de arrendamiento de inmuebles; **d)** Los procesos contractuales para la adquisición de animales vivos; **e)** Todos los procesos contractuales en cuantía inferior a 50 SMMLV; **d)** Todos los productos con precios regulados del gobierno y **g)** Los procesos contractuales para la adquisición de repuestos.

A estas excepciones también se suman las consagradas en el Artículo 4° del Acuerdo 0004 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, que dice: *“Se exceptúan de manera temporal de las obligaciones frente al SICE, los procesos contractuales con las siguientes características: 1. Procesos contractuales de prestación de servicios y obra pública no codificada en su totalidad hasta el nivel de ítem (Propiedades y Especificaciones) en el CUBS. En este caso, si los servicios a contratar no se encuentran en ese nivel de desagregación, no deberá cumplirse tal obligación. 2. Procesos contractuales cuyas condiciones de precio o cantidad son variables y el proceso de la negociación se fundamente en valores estimados, previa aprobación de la Gerencia del SICE. 3. Procesos contractuales a suscribirse con proveedores internacionales que no tengan Número de Identificación Tributaria (NIT), previa aprobación de la Gerencia del SICE”.*

Lo anterior indica que todas las excepciones comentadas, se encuentran vigentes en la actualidad, por ende, este instrumento no está sirviendo completamente para los fines para los que fue creado, pues además se aplica para determinado tipos de contratos, tales, como suministro, prestación de servicios generales, mientras que se deja de lado los contratos en los cuales se ejecuta la gran mayoría del presupuesto nacional; tales como, algunos contratos de obra pública, concesión, cierta clase de servicios y servicios profesionales o los de consultoría.

En efecto, se ha concluido que el SICE opera teóricamente, para bienes, obras o servicios comunes y menores, pero no para la gran contratación de las obras públicas, en especial las de envergadura, pues circunstancias de tiempo, modo, espacio, lugar, formas de pago, asunción de riesgos, etc. afectan el precio de una manera que es imposible tener en mira “precios testigo” o de “referencia”.⁶⁵

Además, muchos de los elementos consultados no aparecen codificados en el SICE, arrojando como resultado la siguiente frase: ***“No se encontraron registros que coincidan con la búsqueda solicitada”.***

Esto lo demuestran varios estudios realizados al sistema que concluyen que técnicamente adolece de grandes fallas desde el principio, pues pretender codificar cada uno de los bienes y servicios que adquieren las entidades estatales, es algo prácticamente imposible de hacer, dada la cantidad de bienes y servicios que hay en la economía, los cuales son susceptibles de ser comprados por el Estado. Por lo anterior, en la actualidad hay más de millón y medio de ítems con grandes inconsistencias y este valor seguirán creciendo exponencialmente. De allí se deduce que tal y como está diseñado el sistema el número de

⁶⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, “Menos Pedagogía y Más Reformas” – Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, P. 835.

bienes y servicios, que se pretende codificar con este sistema tendería a infinito. Además, aunque el SICE, a través del RUPR, dice tener en cuenta algunos aspectos para la determinación de los precios, generalmente se presentan distorsiones.⁶⁶

De igual manera, diferentes análisis acerca de la utilidad y desventajas del SICE y sus componentes, han indicado que en términos de competencia, el precio es sin duda alguna, una herramienta de primer orden ya que el mejor precio generalmente determina el consumo. De hecho, la práctica anticompetitiva por excelencia es el acuerdo sobre precios precisamente por el vigor que le resta a la competencia en el mercado, por tanto, en materia de precios es importante que cada empresa tome sus determinaciones con base en los diferentes elementos que lo componen, tales como el tamaño de la demanda, la calidad del bien o servicio, las posibilidades de sustitución, la estructura de costos particular de la compañía, etc., y con base en estos ofrecer sus productos a los consumidores.⁶⁷

En consecuencia, según estos analistas, el problema con el SICE es que se obliga a las empresas a publicar los precios que están dispuestas a ofrecer a sus consumidores, en este caso, las entidades estatales y como la empresa tiende a competir en gran parte con base en el precio, se ve obligada a publicarlo y lo que es peor en un registro público, despojándola de una de sus herramientas principales para actuar en el mercado.⁶⁸

La Superintendencia de Industria y Comercio ha asentido con éste punto de vista, pues en concepto de este organismo, la publicación de los precios por internet tiene la potencialidad de conducir a acuerdos sobre precios, práctica que es esencialmente anticompetitiva debido a que la misma impide que el mercado sea el que se encargue de fijar el precio.⁶⁹

No obstante, lo anterior es pertinente reiterar que el SICE y otros listados de precios no serán más que simples parámetros de referencia que, si bien podrán consultarse, no pueden considerarse como definitivos, pues las circunstancias particulares de cada contratación tal y como lo hemos explicado atentan contra la certeza de los valores establecidos en las listas y cartillas de precios.⁷⁰

⁶⁶ GARZÓN VIVAS, Héctor Julio, “¿Fracaso del SICE?”, Mayo de 2005 – Corrupción en la contratación estatal por sobreprecios.

⁶⁷ CORTÁZAR MORA, Javier, “La Información, la Publicidad y los Contratos Estatales” – Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” Tomo II, Departamento Nacional de Planeación, 2002, Págs. 519-521.

⁶⁸ CORTÁZAR MORA, Javier, “La Información, la Publicidad y los Contratos Estatales” – Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” *Op. Cit.*, 521p.

⁶⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, 2001, Concepto 0100700-01,03 Boletín Jurídico, “*Sobre la conducta consistente en la publicación a través de Internet, podemos concluir que, la indicación de precios sugeridos por parte del productor en los términos y condiciones expuestos en su consulta puede llegar a constituirse en una práctica restrictiva de libre competencia, ya que como usted mismo lo expresa, (...) dentro del sistema de economía de mercado establecido por las disposiciones constitucionales y legales, la indicación de los precios debe ejercerse de manera libre y competitiva por quienes efectivamente desempeñen la labor de comercializar los bienes y servicios de acuerdo con la realidad, eficiencia y transparencia del mercado (...)*”

⁷⁰ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op cit.* 164-170, 206-216 p.

De hecho tal y como lo indica la ley, los precios registrados y la información dada a la Contraloría General de la República no constituyen una camisa de fuerza para la administración en el sentido de contratar de manera obligatoria con los precios registrados. La obligación de los servidores públicos es la de consultar dicho registro como punto de referencia, pero no como si sus precios fueran obligatorios.⁷¹

Así las cosas, no es claro hasta qué punto el SICE, esté sirviendo en su totalidad como elemento de referencia para determinar los precios del mercado de un determinado bien o servicio. De esta manera, la eficacia y propósitos de este sistema se ponen en tela de juicio, dado que ha contribuido, a que los recursos del Estado no se pierdan en los sobrepuestos, pero no en la forma que debería, puesto que sigue siendo insuficiente ante las necesidades que en esta materia debe suplir el Estado colombiano.

En todo caso, en cualquiera de las modalidades de contratación al elaborar el estudio de los precios del mercado se deberá consultar el registro único de precios de referencia del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (RUPR-SICE), cuando exista la obligación legal de hacerlo, de conformidad con la normatividad que rige la materia (Decretos 3512 de 2003 y 2474 de 2008 - **derogados por el Decreto 734 de 2012**), pues los precios cotizados no deben sobrepasar ni estar por debajo del precio indicativo del bien o servicio, registrado en el SICE⁷², con el fin de evitar con ello la ocurrencia de sobrepuestos o por el contrario de la presentación de ofertas con infraprecios o precios artificialmente bajos⁷³, pues en ambos sentidos constituyen distorsiones en el precio y acarrear consecuencias legales y la asunción de responsabilidades por parte de los intervinientes en la contratación estatal.

⁷¹ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. *Op., Cit.* 171 p.

⁷² CARREÑO GÓMEZ, María Eugenia. Recomendaciones Para la Elaboración de Estudios Previos – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas, *Op., Cit.* 47 p.

⁷³ *El denominado "precio artificialmente bajo" de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación. Pero puede suceder que el precio aunque bajo, encuentre razonabilidad y justificación por circunstancias especiales que tienen suficiente explicación, las cuales deberán ser evaluadas por la Administración en su contexto, para determinar si la oferta puede o no ser admitida. En este orden de ideas, para que pueda establecerse si el precio de la oferta es artificialmente bajo, el punto de referencia al cual ha de acudir es el de los precios del mercado, los cuales deberán ser consultados por la Administración, tal como lo ordena el artículo 29 tantas veces citado, con el fin de hacer las respectivas comparaciones y cotejos de aquellos que han sido determinados en la propuesta para los diferentes ítems, teniendo especial cuidado en relación con aquellos que tienen mayor repercusión o incidencia en el valor global de la oferta. Otro parámetro para establecer si la propuesta presentada resulta artificialmente baja, se encuentra en el precio establecido por la entidad pública licitante como presupuesto oficial, cuya determinación debe obedecer a estudios serios, completos y suficientes, formulados por la Administración con antelación a la apertura de la licitación o el concurso, tal como lo dispone el artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993. En Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, Expediente Rad: 16385 del 6 de abril de 2011.*

Al finalizar el presente trabajo de investigación, se expide el Decreto-Ley 019 de 2012, a través del cual se deroga la Ley 598 de 2000⁷⁴, por medio de la cual creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia PURF, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y en su reemplazo se otorga la facultad a la Contraloría General de la República de obtener un análisis de precios de mercado de valor de los contratos que se registran en los sistemas de información o en los catálogos existentes sobre la contratación pública o privada, nacional o internacional; en virtud de lo cual, existirán los sistemas de registros de precios de referencia y los catálogos que las necesidades de análisis de precios aconsejen, para racionalizar la vigilancia a los precios de la contratación.

Al respecto cabe analizar si las consecuencias de la oferta con sobrepuestos son las mismas que operan para la oferta con precios artificialmente bajos o también denominados infraprecios? veamos entonces qué mecanismos jurídicos nos ofrece el legislador al respecto:

Frente al interrogante planteado encontramos que la Ley 80 de 1993, no contiene una disposición que expresamente establezca el rechazo de la oferta por contener precios artificialmente bajos o infraprecios, así como tampoco ha definido aquellas situaciones que podían generar precios artificialmente bajos o infraprecios en las ofertas presentadas por los proponentes; sin embargo, se observa que en algunas de sus regulaciones hizo referencia al tema de los precios del mercado como aspecto determinante en la comparación de los ofrecimientos recibidos, tal como quedó registrado al tratar el contenido y alcance del artículo 29, e igualmente lo hace en el artículo 26 al consagrar el principio de la responsabilidad que informa la actividad contractual, concretamente en el numeral 6º que determina responsabilidad para el contratista por la presentación de propuestas en las cuales se fijaran condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. Lo dispuesto por el artículo 26 tiene como finalidad, de una parte, exonerar a la Administración de toda responsabilidad frente al contratista cuando quiera que haya ofertado con precios inferiores a los acostumbrados en el mercado y que por tal razón, en plena ejecución del contrato, acuda a la Administración en virtud de reclamaciones económicas para que le sea admitido un presunto desequilibrio de la ecuación económica, o cuando tal circunstancia, conlleve a la inejecución del contrato, con los consecuentes perjuicios para la entidad contratante que no tendría por qué soportar.⁷⁵

Así las cosas, según lo establecido en la Ley 80 de 1993, habrá lugar a descalificar la oferta cuando los ofrecimientos hechos, cotejados con los precios del mercado resulten muy por debajo de éstos, circunstancia que puede llevar a la Administración a afrontar

⁷⁴ Artículo 222 del Decreto-Ley 019 de 2011. Supresión del SICE, gratuidad y sistema de análisis de precios. Derogase la Ley 598 de 2000.

⁷⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Consejero Ponente: Miriam Guerrero de Escobar, Exp. Rad: 17783 del 4 de junio de 2008.

inconvenientes por futuras reclamaciones del contratista y en el peor de los casos a la inexecución del proyecto por imposibilidad de ejecutarlo con el presupuesto ofrecido.⁷⁶

Esto por cuanto, el precio señalado por el proponente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido, de lo contrario se generaría una evidente discrepancia entre el objeto contratado y su valor. El precio no puede ser irrisorio o vil, pues ello puede significar un eventual incumplimiento del contrato, o eventuales conflictos por imprevisión, lesión, abuso de derecho etc., que la contratación administrativa debe evitar.⁷⁷

De igual manera, en el artículo 2.2.10.⁷⁸ del Decreto 734 de 2012 se estableció una reglamentación frente a lo que se considera oferta artificialmente baja o con infraprecios y el trámite que deben cumplir las entidades estatales para verificar si la oferta presentada puede o no ser objeto de rechazo por presentar precios que tengan dicha condición.

Por tanto, se impuso la obligación de requerir al proponente para que explique las razones que sustenten el valor ofertado. Una vez presentados los argumentos, explicaciones y soportes correspondientes, el comité asesor recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso.

Vale la pena precisar que no será precio artificialmente bajo o infraprecio el que objetivamente aparezca como muy inferior a los normales del mercado para la actividad o ítem de que se trate, sino aquel que no pueda ser justificado en su formulación y cuya aceptación en estas condiciones implicaría para la entidad contratante la violación de los principios contractuales y además la asunción de riesgos inaceptables, de conformidad con la naturaleza de la contratación estatal y la normativa que lo gobierna.⁷⁹

Se precisa entonces que la entidad no podrá considerar artificialmente baja una oferta o con infraprecio cuando su valor corresponde a circunstancias objetivas del proponente que no

⁷⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá, Págs. 221

⁷⁷ DROMI, José Roberto, La Licitación Pública, Pág. 342.

⁷⁸ **Artículo 2.2.10. del Decreto 734 de 2012. Oferta con Valor Artificialmente Bajo.** Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Analizadas las explicaciones, el comité asesor de que trata el párrafo 2° del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo 1°. En desarrollo de lo previsto en el presente artículo, la entidad contratante no podrá establecer límites a partir de los cuales presuma que la propuesta es artificial.

Parágrafo 2°. En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos.

⁷⁹ IDU, Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos, Conc. 20983, 7 de marzo de 2000.

ponen en riesgo el proceso ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso que se adjudique el contrato a dicho proponente.⁸⁰

Así mismo, en la subasta inversa de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, las entidades estatales solamente podrán examinar si el valor ofrecido corresponde o no a las condiciones del mercado, una vez esté culminada dicha subasta. Es decir, no podrán suspender la realización de la misma para estos efectos cuando aún los oferentes se encuentren ejecutando lances, así como tampoco, las entidades estatales no pueden establecer mecanismos automáticos o electrónicos para determinar si hay un infraprecio o precio artificialmente bajo. No podrán, por ejemplo, señalar que se considera infraprecio o precio artificialmente, cuando el valor ofrecido es inferior a un porcentaje del presupuesto oficial.⁸¹

En consecuencia, si el Comité de Contratación o Junta de Compras de la entidad, decide una vez analizadas las justificaciones del proponente aceptar o rechazar la oferta comentada, deberá explicar las razones en las que apoya su recomendación.

En caso que la entidad determine rechazar la oferta, podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso.

Al respecto, también ha conceptuado el Consejo de Estado⁸² que es el contratista quien debe asumir las consecuencias que puede implicar el haber presentado una oferta con precios artificialmente bajos o con infraprecios, máxime cuando se compruebe que su conducta fue intencional para obtener la adjudicación de la licitación, consecuencia que se extiende a aquellos eventos en los cuales el contratista incurrió en error al elaborar su propuesta, puesto que esta carga de responsabilidad es de su exclusivo resorte.

En consecuencia, se observa que ni la norma comentada ni la jurisprudencia dan lugar a la operancia de los mismos efectos que se tienen para los sobreprecios en los contratos estatales frente a las ofertas con precios artificialmente bajos o infraprecios, pues como lo hemos visto queda al arbitrio de la entidad previa justificación requerida al contratista decidir si acepta o la rechaza la oferta en dichas condiciones y si ésta es aceptada, el contratista asume la carga del cumplimiento del contrato con los precios ofertados, pues es él quien debe tener la diligencia y cautela al establecer los criterios y elementos que conformarán su oferta, a fin de no incurrir en errores que a la postre lo conduzcan a tener que soportar los costos que no haya previsto en su propuesta, como consecuencia de su actuar negligente y descuidado.⁸³

⁸⁰ PINNO RICCI, Jorge, Cartillas de Administración Pública, Contratación Estatal, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá D.C. 2010, Pág. 17.

⁸¹ PINNO RICCI, Jorge, Cartillas de Administración Pública, *Op. Cit.*, 17p.

⁸² Consejo de Estado – C. P. Miriam Guerrero de Escobar, Exp. Rad: 17783 del 4 de junio de 2008.

⁸³ IDU, Subdirección Técnica de Licitaciones y Concursos, Conc. 20983, 9 de febrero de 2000

Por ello tampoco, puede pretender el contratista ofrecer precios por debajo de los costos reales del mercado, como gancho e incentivo para que se le adjudique el contrato, pensando en pedir los reajustes necesarios para buscar una compensación. En consecuencia, debe la entidad hacer las compensaciones con base en las prestaciones originales que son las que hay que respetar y mantener y luego, determinar que las causas que influyen en la modificación de esas prestaciones sean razones objetivas, económicas, para evitar caer en las trampas que le pueda presentar un contratista ofreciendo precios excesivamente bajos.⁸⁴

Ahora, si bien es cierto el proponente y/o contratista es un colaborador de la administración, que tiene equivalencia de derechos frente a la entidad, también lo es que a través de los contratos estatales se ejecutan recursos públicos, entonces, al ser éste un bien jurídico tutelado con características superiores a cualquier bien de carácter particular no es pertinente dar el mismo tratamiento a la oferta con precios artificialmente bajos o infraprecios que a los sobreprecios generadores de un detrimento o malversación de los recursos públicos, de allí la obligación del contratista de asumir la presentación de su propuesta en tales condiciones.

Entonces, es importante recalcar e insistir en la elaboración del estudio de las condiciones y precios del mercado, como una parte fundamental en la aplicación del principio de planeación, que debe hacerse de una manera responsable, acudiendo a metodologías y mecanismos que permitan hacer un cotejo serio los precios del mercado. Todo con el fin de determinar cuánto vale realmente en el mercado el bien o servicio que se pretende contratar y así evitar que la entidad contrate con sobreprecios o infraprecios sin justificación, afectando el erario público que todos debemos proteger.

1.3.2. Presupuesto oficial como base para determinar el precio del contrato

Una vez realizado el estudio de conveniencia y oportunidad y de establecer en el mismo cual es el posible precio justo del contrato a celebrar, la entidad debe contar con las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, para desarrollar el objeto del contrato a celebrar.⁸⁵

Lo anterior, debe verse reflejado en el presupuesto oficial que servirá como base para determinar el precio del contrato.

Es así como en aplicación del principio de economía establecido en el Numeral 6° del Artículo 25⁸⁶ de la Ley 80 de 1993, la administración debe inicialmente, constatar la existencia de partidas o disponibilidades presupuestales, para garantizar el control de

⁸⁴ COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. Ediciones Rosaristas, 1994, Págs. 116 y sigtes.

⁸⁵ Artículo 24 numeral 5° literal c) de la Ley 80 de 1993: “*Se definirán con precisión las condiciones de costos y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato.*”

⁸⁶ Artículo 25 Numeral 6° de la Ley 80 de 1993: “*Las entidades estatales abrirán licitaciones (o concursos) e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.*”

legalidad del gasto público y evitar que se desvíen los recursos destinados a financiar un proyecto.⁸⁷

Por su parte, el Decreto 568 de 1996 “*Por el cual se reglamentan las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación*”, define el certificado de disponibilidad presupuestal como el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.⁸⁸

La manera como se materializa esta obligación se encuentra en el trámite administrativo que desarrolla dentro de las entidades la Oficina de Presupuesto, la cual se encarga de vigilar que existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales antes que la entidad inicie el proceso de selección del contratista. Esta labor es supremamente importante por cuanto tiene la ventaja de no generar obligaciones que no tengan respaldo en el presupuesto de la entidad; pues al llegar a celebrarse por ésta un contrato sin recursos públicos, se generaría en principio una nulidad del mismo por incumplimiento de la norma enunciada, y habrá lugar a las correspondientes sanciones fiscales y disciplinarias.⁸⁹

Al respecto, la Corte Constitucional señaló el alcance y la finalidad de la disponibilidad presupuestal como elemento fundamental de los principios de planeación y legalidad de todo acto y que tiene por propósito afectar el gasto público, lo cual se encuentra plasmado en los artículos 345, 346 y 347⁹⁰ de la Constitución Política. Por lo anterior, la

⁸⁷ GÓMEZ RICARDO, Jorge. Presupuesto Público Colombiano, Universidad Externado de Colombia, 1998, Bogotá, Pág. 348; Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Nacional, Oficina Jurídica, Concepto 0138 del 25 de enero de 1996.

⁸⁸ Decreto 568 de 1996

⁸⁹ MATAALLANA CAMACHO, Ernesto, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 331.

⁹⁰ Artículo 345 de la C.P. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

Artículo 346 de la Constitución Política. El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y los presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones.

disponibilidad presupuestal se concibe como un instrumento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente ley anual de presupuesto durante su ejecución. Así entonces, habrá disponibilidad cuando exista una diferencia entre el gasto presupuestado y el realizado, produciéndose un saldo que equivale a una suma disponible que puede ser utilizada para la adquisición de nuevos compromisos.⁹¹

En consecuencia, el valor del presupuesto oficial se determina teniendo en cuenta las condiciones del mercado existentes al momento de efectuar los estudios previos, pero este valor puede verse alterado por circunstancias que ocurran en desarrollo del proceso selectivo. Tan pronto se presenten estas circunstancias las entidades estatales deberán, si es el caso, verificar la existencia de una disponibilidad presupuestal adicional o deberán incorporar antes de recibir las ofertas, una regla en el pliego de condiciones o términos de referencia que les permita realizar una adjudicación parcial. Por lo tanto, en caso que las entidades hayan establecido el sometimiento de las ofertas al presupuesto oficial, no hayan previsto adjudicaciones parciales y las condiciones económicas generen un mayor valor en las ofertas, no quedará camino distinto que la declaratoria de desierta del proceso de selección.⁹²

Puede decirse entonces que la buena o mala apreciación en el estudio de los precios del mercado se verá reflejada en el certificado de disponibilidad presupuestal, puesto que el CDP debe contener todos los elementos que componen el precio, determinados de una manera juiciosa y responsable por la entidad; toda vez que, la ausencia de criterios serios que permitan la elaboración de presupuestos oficiales confiables derivan en la elaboración de presupuestos inflados e injustificados.⁹³

Analizando la connotación del CDP, PINO RICCI, hace referencia al artículo primero del Decreto Reglamentario 287 de 1996, según el cual: “*el presupuesto oficial de la licitación o concurso, y las consecuencias que se deriven del hecho de que las propuestas no se ajusten al mismo*”⁹⁴ e indica que desde el punto de vista estrictamente económico al entregar a los interesados la información sobre el monto del presupuesto oficial se puede influir en la estimación de valores de las ofertas, independientemente de su correspondencia con las condiciones del mercado. Aduce el autor, que desafortunadamente el Gobierno Nacional mediante el Decreto 287 de 1996, con el fin de evitar que mediante el

Artículo 347 de la Constitución Política. El proyecto de Ley de Apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudien el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

El Presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente.

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-018 del 23 de enero de 1996, M.P.: Hernando Herrera Vergara, también puede consultarse la Sentencia C-308 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁹² PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.*, 208.

⁹³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, “Menos Pedagogía y Más Reformas” – Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” *Op Cit*, 834 p.

⁹⁴ PINNO RICCI, Jorge. *Op. Cit.*, 207p.

ocultamiento del precio las entidades públicas favorecieran a un proponente determinado, estableció la obligación de incorporarlo en los pliegos de condiciones y términos de referencia, propiciando así que los oferentes actúen sin consultar las condiciones del mercado y se acojan al monto presupuestal para evitar las consecuencias del rechazo o la menor calificación a su propuesta. Para PINO RICCI lo ideal habría sido señalar que en ningún caso la correspondencia de las ofertas con el presupuesto oficial puede constituir criterio de selección y reclamar del interesado una oferta que corresponda a su propio análisis económico.⁹⁵

Esto nos lleva a concluir que la entidad estatal tiene una gran responsabilidad en el estudio y análisis de los precios del mercado ya que estos necesariamente deben servir como parámetro y guía para la fijación del presupuesto oficial del contrato expedido por la entidad para amparar la contratación a celebrar, pues es de ese valor oficial estimado que posteriormente se determinará si existen o no sobrepuestos en un determinado contrato.

Por otra parte, el Consejo de Estado⁹⁶ precisando los anteriores planteamientos y de manera opuesta a lo argumentado por PINNO RICCI, ha manifestado que el presupuesto oficial, debe señalarse en el pliego y debe atender necesariamente los conceptos de costo y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato estatal y que en efecto, el deber de señalar los factores determinantes para la escogencia del contratista, con el correspondiente valor que tendría cada uno de ellos al momento de la evaluación, prohíbe tomar en cuenta elementos no contenidos en la propuesta y faculta a la administración a realizar audiencias para la adjudicación del contrato; por lo tanto, la exigencia de incluir dentro del pliego, la información relativa al presupuesto oficial del contrato, no afecta la objetividad de la selección. Por el contrario, entre más claras y precisas sean las condiciones contenidas en el pliego, mayor transparencia y objetividad tendrá el proceso de escogencia del contratista, porque así también las ofertas contendrán información suficiente para que la entidad escoja la oferta más favorable al desarrollo de los intereses públicos.

Como complemento del CDP, existe un instrumento a través del cual se materializa la operación de perfeccionamiento, denominado Registro Presupuestal (RP), el cual una vez realizado impide que los recursos destinados al contrato puedan ser desviados a fines diferentes a los de respaldar financieramente el contrato estatal. En este sentido, el registro presupuestal pasa a convertirse frente al contrato, más que en una exigencia para su existencia, en un requisito para la legalización del mismo. Por lo tanto, la celebración del contrato y su ejecución deben estar perfectamente sujetas a las anteriores previsiones de carácter presupuestal. Por lo anterior es indispensable, en primer lugar, que se respete la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, que como se observa busca afectar preliminarmente el presupuesto y luego asegurar la existencia de apropiación presupuestal suficiente para atender el gasto que se va a efectuar con el contrato.⁹⁷

En consecuencia, la importancia reside en el valor contemplado en el certificado de disponibilidad presupuestal puesto que debe provenir de estudios serios y confiables acerca

⁹⁵ PINNO RICCI, Jorge. *Op., Cit.*, 207p.

⁹⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia Rad: 12037 del 19 de Julio de 2001, M.P. Alier Hernández Enríquez.

⁹⁷ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos, *Op., Cit.* 164p.

del costo estimado de la obra, suministro o servicio que se requiere, para así evitar que dicho valor esté fundamentado en sobrepuestos o precios excesivos injustificados respecto a los precios y condiciones del mercado.

Como complemento de nuestro estudio corresponde ahora abordar la manera de fijar el precio en el contrato estatal, examinando los diferentes mecanismos que ha dispuesto el legislador para dicha fijación.

1.4. La fijación del precio

En la fijación del precio, las características propias de los contratos administrativos se proyectan con gran intensidad, diferenciándose de la contratación privada. El precio, en último término, es fijado por la administración, cuando toma la decisión final de selección del contratista en función de las ofertas presentadas.

Así las cosas, encontramos que las formas de fijar el precio van desde el resultado arrojado por el estudio de mercado realizado con antelación al inicio de la contratación a celebrar, previa consulta de las diferentes variables del mercado para un determinado producto o servicio y además de la utilización de mecanismos utilizados al evaluar las propuestas durante el proceso de selección contractual.

Frente a ello, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2, numeral 2⁹⁸, agrega a los mecanismos de selección de contratistas, establecidos en la Ley 80 de 1993, un nuevo proceso denominado selección abreviada previsto 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.

La selección abreviada está conformada por las causales mencionadas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sin embargo, en cuanto a la fijación del precio analizaremos únicamente la siguiente causal:

1.4.1. Adquisición o suministro de bienes y servicios de condiciones y características técnicas uniformes y de común utilización

Este proceso de selección se refiere a aquellos bienes y servicios 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 y

⁹⁸ Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. De las modalidades de selección. *La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: 2. Selección abreviada. 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.*

además, son generalmente requeridos por las entidades y ofrecidos masivamente en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite y en el cual se tendrá como único factor de evaluación el precio.

Dichos bienes o servicios serán contratados mediante los mecanismos de selección abreviada por subasta inversa, acuerdo marco de precios o las transacciones en bolsas de productos. Todos teniendo en cuenta únicamente como comparación de las ofertas, el menor precio, ya que se permite que los proponentes a través de ella puedan en realidad ofrecer los precios más bajos, en competencia con el mercado y que implicaría en un momento dado mayor transparencia en la selección objetiva del contratista.⁹⁹

Para mayor claridad al respecto explicaremos cada uno de ellos:

- a. **La subasta inversa** corresponde a un procedimiento conforme al cual, en un ambiente público y concurrencial, los oferentes pueden presentar un proyecto de oferta inicial que puede ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva. Este mecanismo de la subasta inversa constituye una tendencia mundial en la regulación y práctica de la contratación pública, que incide directamente en la fijación del precio.¹⁰⁰

Al respecto, ha emergido un consenso a nivel internacional en el sentido que, si son usadas adecuadamente las subastas inversas, se generan ahorros sustanciales para los gobiernos, sin debilitar y por el contrario reforzando, los objetivos de economía, eficiencia, transparencia, igualdad y trato justo para todos los proveedores en la contratación pública, así como la integridad, justicia y confianza pública en el proceso contractual.¹⁰¹

- b. **Los acuerdos marcos de precio** son aquellos realizados entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos *“cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rigen los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y en su caso, a las cantidades previstas. Según esta definición, mediante los acuerdos marco de precios, los entes públicos podrán asociarse, mediante consorcios u otras formulas, para conseguir mejores precios en un tiempo determinado, a la hora de adquirir bienes homogéneos y necesarios para el funcionamiento de todos ellos”*.¹⁰²

Otra descripción de los acuerdos o convenios marco es la contenida en los documentos de trabajo de la UNCITRAL¹⁰³, que indica que éstos son celebrados por una entidad designada para el efecto, mediante un procedimiento de selección objetiva, de forma que los proveedores se obligan a suministrar una cantidad máxima de un bien o servicio de características técnicas uniformes a todas aquellas

⁹⁹ Artículo 2º Numeral 2 literal a) de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰⁰ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Primera Edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2009, Pág. 16

¹⁰¹ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, La Nueva Contratación Pública en Colombia, *Op. Cit.*, 17p.

¹⁰² ORTEGA RIVERO, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 902.

¹⁰³ UNCITRAL. Documentos de Trabajo 44 y 44Add.1. Grupo I – Contratación pública. Febrero 21 de 2006.

entidades del sector público que adhieran al mismo durante el periodo de vigencia previsto.

El “catálogo” se forma entonces con la lista de proveedores escogido para cada producto o servicio incluido en el convenio marco. Hasta ese momento se cuenta entonces con una “oferta” de suministro por parte del proveedor escogido, que no obliga a las entidades estatales. En caso de que alguna entidad estatal desee que se le suministre un bien o un servicio de los incluidos en el “catalogo”, ésta expedirá una orden de compra para el efecto, lo que determina la oferta de aceptación del proveedor y, por lo tanto, la formación de un contrato entre la entidad que la expide y el proveedor firmante del convenio objeto de la misma, regido por las cláusulas especificadas en el convenio. Los elementos descritos son recogidos en nuestro ordenamiento en el párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.¹⁰⁴

Dichos acuerdos marco, pretenden ser una solución ágil para suministros de frecuente uso en el conjunto del sector público y que normalmente supondrían la realización de numerosos procesos individuales. Los beneficios identificados del uso extendido de los convenios marco pasan por la reducción de costos de transacción, el menor valor de los bienes y servicios adquiridos, la mayor transparencia de los procesos, la mayor certidumbre en los tiempos del suministro y la reducción de costos de inventario para las entidades, entre otros.¹⁰⁵

- c. **La adquisición en bolsa de productos** permite que las entidades que demandan algunos de los productos o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, puedan acudir a este tipo de bolsa para comprarlos mediante un proceso concurrencial y público, en el que los oferentes pujarán a la baja para satisfacer la demanda de la entidad al menor precio posible.

En esta modalidad, la existencia de elementos propios del funcionamiento bursátil rodeará la adquisición de esta clase de productos con características que favorecen los intereses de la entidad adquirente, tales como el hecho de que exista un mecanismo de compensación de operaciones que garantice el cumplimiento de las partes, la presencia de comisionistas profesionales que mejoren la concurrencia de oferentes y respalden la calidad de las ofertas, así como el hecho evidente de que el mecanismo tiende a generar “agregación de demanda” por definición, mejorando la capacidad de negociación de las entidades participantes. Una experiencia nacional en este sentido estuvo dada por la aplicación del Decreto 2503 de 2005, a cuyo amparo las entidades públicas pueden acudir a bolsas de productos para adquirir algunos de estos de origen o destinación agropecuaria en desarrollo de lo previsto en

¹⁰⁴ Párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2° del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

¹⁰⁵ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, *Op., Cit.*, 25p

el numeral k) del artículo 24 de la Ley 80, lo que permitió la obtención de considerables ahorros fruto de la competencia en un ambiente de mercado con costos de transacción reducidos.¹⁰⁶

1.4.2. Otras maneras de fijar el precio en el contrato estatal:

Al respecto PINO RICCI, plantea que el precio puede ser calificado, o también puede ser objeto de negociación ya que si bien en el estatuto contractual no se establece directamente la posibilidad de negociar el precio en procesos selectivos¹⁰⁷, en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (derogado) y ahora replanteado en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, se recalca que la relación de los factores de selección establecidos en el estatuto no es taxativa, al tiempo que se resalta que no resulta obligatoria su aplicación integral. Así como también, puede decirse que la negociación del precio no es violatoria de los principios establecidos en el Estatuto Contractual, siempre que no sea el único criterio para resolver el proceso y se reglamente su aplicación de modo tal que no haya lugar a la utilización de criterios subjetivos; por tanto, los factores que deben considerar las entidades estatales para resolver si se utiliza la posibilidad de negociar el precio o si se califica mediante la utilización de una media o de una fórmula costo-beneficio o se califica el menor valor, se establecerán en razón a la naturaleza del contrato y a la fortaleza de los estudios del mercado efectuados en la fase previa del proceso selectivo¹⁰⁸.

También, frente a la negociación del precio para su posterior fijación, debe precisarse que cuando la entidad estatal decida negociar el precio tiene que someterse rigurosamente a los principios previstos en el estatuto contractual; por lo tanto, deben observarse que no es conveniente utilizar el procedimiento de negociación del precio en toda clase de contratos, así como tampoco, se podrá pretender negociar el precio de la oferta para procurar condiciones inferiores a las del mercado y además, las entidades deben establecer en las invitaciones para presentar propuestas las condiciones objetivas de negociación. Por ello, la negociación debe asegurar el principio de transparencia y la igualdad de oportunidades.¹⁰⁹

Continúa el autor desarrollando su planteamiento haciendo alusión detallada de la figura de la oferta dinámica consagrada inicialmente en el Decreto 2170 de 2002 (derogado) y retomada en la **Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 734 de 2012**¹¹⁰, a la cual se refiere de la siguiente manera: la incorporación y aplicación de variables dinámicas en las ofertas, como es el caso del mayor o menor precio, tiene un presupuesto básico y elemental: no se podrán comparar las ofertas con los aspectos variables. Para que la negociación del precio o de otras variables se ajuste al estatuto contractual se requiere la utilización de otros criterios de selección que garanticen unas condiciones mínimas de favorabilidad técnicas, financieras, de experiencia, etc., que hagan que la negociación esté basada en los aspectos dinámicos sobre condiciones materiales comunes.

¹⁰⁶ El Decreto 2503 de 2005 reglamentó la causal enunciada de contratación directa de la Ley 80 de 1993 y estuvo vigente hasta la expedición de la reglamentación de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰⁷ En vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 y el Decreto 1522 del mismo año si existía norma expresa que facultaba la negociación del precio en materia de concurso de méritos

¹⁰⁸ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.* 208 p.

¹⁰⁹ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.* 209 -210 p.

¹¹⁰ Artículo 3.1.2. del Decreto 734 de 2012

Se explica claramente la inconveniencia de realizar la conformación dinámica al momento de presentación de ofertas como lo imponía el Decreto 2170 de 2002 para el caso de la licitación o concurso público, pues no es conveniente, por ejemplo, realizar una negociación del precio en una oportunidad en la que aún no se ha determinado el cumplimiento de las otras condiciones de selección, es decir, cuando la entidad no ha precisado cuantos oferentes han cumplido los requisitos mínimos. En consecuencia, por razones de conveniencia, la conformación dinámica se deberá realizar al momento de definir el proceso, oportunidad en la cual ya se ha determinado el cumplimiento, fundamentalmente de las condiciones mínimas que deben cumplir los oferentes, para así facilitar una negociación en igualdad de condiciones.¹¹¹

Esta recomendación quedó plasmada en la Ley 1150 de 2007¹¹² y el Decreto 734 de 2012¹¹³, al implementar la modalidad de selección por subasta inversa, en la cual los proponentes participantes en el proceso una vez cumplan con todos los requisitos subsanables, se entra a negociar el precio a través de la reducción sucesiva de precios por un periodo determinado y posteriormente se adjudica el proceso a quien presente la oferta de menor valor; así como también, en el proceso de selección abreviada de menor cuantía en el cual luego de verificar los requisitos subsanables se entra a ponderar los elementos de calidad y precio soportados en puntajes ó fórmulas señaladas en el pliego de condiciones y además a ponderar los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo - beneficio para la

¹¹¹ En el artículo 5° del Decreto 2170 de 2002 se habían establecido para el caso de licitación y concurso público las siguientes reglas para la conformación dinámica de las ofertas: En dicha audiencia los proponentes en relación con aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con los pliegos de condiciones o términos de referencia, presentarán un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas en un ambiente público y concurrencial, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por definitiva la última presentada para cada variable dentro del lapso de la audiencia. En todo caso, una vez concluido el tiempo previsto para la presentación de las posturas, se tomará como definitiva la propuesta de oferta inicial de aquel oferente que no haya hecho uso de su derecho a presentar posturas.

Las ofertas que resulten del proceso de conformación dinámica serán tenidas en cuenta una vez la entidad haya verificado que los oferentes cuentan con la capacidad jurídica y cumplen con las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera exigidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 1o del artículo 4 del presente Decreto.

De igual manera, las ofertas deberán ajustarse a la consulta de precios o condiciones del mercado que será realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 6o del presente decreto.

NOTA: El Consejo de Estado mediante Fallo de diciembre 03 de 2007 (Rad. 24.715 y otros acumulados), declaró la NULIDAD del presente Artículo.

¹¹² Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

¹¹³ Artículo 3.2.1.1.1. del Decreto 734 de 2012. **Definición de subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.** Una subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones.

entidad, a través de condiciones técnicas y económicas adicionales que representen ventajas de calidad o cuantificables en términos monetarios para la entidad.¹¹⁴

Así las cosas, tenemos que el precio puede evaluarse utilizando distintas fórmulas matemáticas, tales como:¹¹⁵

- a. **Menor precio:** Se puede calificar el menor precio si es razonable según la clase de prestación tal y como lo hemos venido explicando. Pero en cualquier caso, esta valoración debe efectuarse en conjunto con otros criterios, dado que dependiendo del proceso de selección correspondiente en cada caso, puede o no evaluarse el menor precio como único criterio de selección¹¹⁶. Las entidades estatales podrán asignar la mayor puntuación a la propuesta que presente el más bajo precio, y a las demás, una calificación proporcional mediante la utilización de una fórmula matemática.
- b. **Media aritmética:** Mediante la utilización de este procedimiento la mayor puntuación la obtiene la propuesta que más se acerque al promedio aritmético, que resulta de la sumatoria del valor de las ofertas, y en algunas ocasiones del presupuesto oficial según se presenta ofertas cercanas a este presupuesto. Para obtener el promedio aritmético se realiza la sumatoria de las ofertas y el resultado se divide por el número de los sumandos, es decir, por el número de propuestas. Las entidades estatales podrán incorporar como sumandos una o varias veces el presupuesto oficial, con el fin de propiciar que se presenten ofertas próximas a este presupuesto.

Dicha fórmula se traduce así:

P1 = Valor de las propuestas

Po = Presupuesto oficial

Ns = Número de sumandos

- c. **Media geométrica:** Mediante la utilización de una fórmula matemática que genera un promedio que obtiene una nivelación en valores más bajos que los que resultan de la aplicación de una media aritmética, se asigna una puntuación o se impone el rechazo de las ofertas bajo parámetros similares a los referidos en el párrafo anterior.

¹¹⁴ Artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: **a)** La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o **b)** La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

¹¹⁵ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.* 213 p.

¹¹⁶ Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 Numeral 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

MG = Media geométrica de los valores totales de las propuestas hábiles.

Xn = Valor total de cada propuesta hábil

N = Número de propuestas hábiles

Po = Presupuesto oficial estimado

La utilización de este mecanismo por parte de las entidades estatales tiene como propósito fundamental neutralizar el factor precio para que en principio sea el azar el que determine la calificación, en razón a que los proponentes no podrán determinar, con anterioridad al vencimiento del plazo establecido para presentar ofertas, los valores que presentarán quienes finalmente concurrirán al proceso.

- d. Fórmula costo-beneficio:** Para determinadas contrataciones resulta muy ventajosa la aplicación de esta fórmula que involucra una variable económica (precio) y una variable técnica (beneficio o utilidad del bien perfectamente cuantificable) para arrojar como resultado la propuesta económicamente más favorable y no la más barata. Se trata de calificar elementos que representen condiciones de ventaja adicional a la entidad, por ejemplo; el uso de tecnología o materiales que generen eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio, la forma de pago, los descuentos por adjudicación de varios lotes, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes, mayor asunción de riesgos previsible.¹¹⁷
- e.** Es posible combinar estas fórmulas de calificación del precio entre sí, siempre que la naturaleza de la adquisición lo permita; es decir, todo depende de la naturaleza de la prestación que se requiere y de que se haya establecido la forma de evaluar el precio en forma precisa, clara y detallada en los pliegos de condiciones, términos de referencia o invitación a contratar.

El procedimiento de las medias geométricas y aritmética, incluyendo el presupuesto oficial, solamente se debe utilizar si la entidad tiene certeza de la correspondencia de su análisis económico con las condiciones del mercado, pues podría por las deficiencias del análisis económico previo, generar que los oferentes se vean forzados a acercarse al presupuesto, solamente por recibir la mejor calificación o, sencillamente, para impedir su rechazo.¹¹⁸

Por último, es necesario analizar las diferencias que se presentan en materia de verificación o evaluación económica dentro de las diferentes modalidades de contratación establecidas por la Ley 1150 de 2007 y que inciden en la fijación del precio; teniendo en cuenta que para el trámite de la subasta inversa resulta imprescindible determinar cuál será el valor de los decrementos mínimos¹¹⁹ para la puja correspondiente y así mismo, cuando se pretendan tramitar concursos de

¹¹⁷ Artículo 2.2.9. del Decreto 734 de 2012

¹¹⁸ PINNO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. *Op. Cit.* 213-214 p.

¹¹⁹ Cantidad mínima en que se deben disminuir los precios ofrecidos en cada lance.

méritos se debe tener claridad absoluta de los valores de cada uno de los conceptos relacionados en el artículo 3.3.1.4 del Decreto 734 de 2012.¹²⁰

De igual manera, en el caso de que se requiera enajenar bienes del Estado, el precio mínimo de venta de los mismos deberá obedecer a los parámetros dispuestos en el Decreto 4444 de 2008. En el caso de los bienes inmuebles, la entidad deberá obtener el avalúo comercial de los mismos, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaladores.¹²¹

En conclusión, puede decirse que el posible precio del contrato se estima en el estudio de condiciones y precios del mercado, pero realmente se fija dependiendo de los criterios de evaluación del precio establecidos en los pliegos de condiciones, términos de referencia o invitación a ofertar y una vez arrojados los resultados de dicha evaluación se concluya cual es el precio más conveniente para los intereses de la entidad, de conformidad con el presupuesto oficial establecido por la misma para la contratación a celebrar.

1.5. Revisión y reajuste del precio

En lo atinente al precio en los contratos estatales y a la ocurrencia de sobreprecios es pertinente analizar la figura de la revisión del precio, instituida por la ley para garantizar la intangibilidad y la aplicación del principio de conmutatividad respecto al precio del contrato.

Frente a esta figura, la Ley 80 de 1993 aborda el tema en el artículo 4 numeral 3¹²², al otorgarle a la administración el derecho de solicitar la actualización o revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

¹²⁰ **Artículo 3.3.1.4 del Decreto 734 de 2012. Costo estimado de los servicios y disponibilidad presupuestal.** Con base en los requerimientos técnicos, la entidad estimará el costo de los servicios de consultoría requeridos teniendo en cuenta rubros tales como los montos en “personas/tiempo”, el soporte logístico, los insumos necesarios para la ejecución de los servicios, los imprevistos y la utilidad razonable del contratista.

¹²¹ Artículo 10 del Decreto 4444 de 2008. Avalúo Comercial. *Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de los bienes inmuebles de las entidades públicas, la entidad deberá obtener el avalúo comercial de los mismos, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaladores.*

El avalúo deberá tener una vigencia máxima de un año contado a partir de su expedición y encontrarse vigente al momento de determinar el precio mínimo de venta.

¹²² Artículo 4º numeral 3º de la Ley 80 de 1993: “Autoriza a la administración para solicitar al contratista se restablezca el equilibrio económico en un contrato y por lo tanto se revisen los precios inicialmente convenidos, cuando se produzcan fenómenos que alteren, en contra de la entidad estatal, el equilibrio económico o financiero del contrato”.

Así como también, en el numeral 8° del artículo en mención, se establece el deber de la entidad estatal de adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico y financiero del contrato y para ello utilizar mecanismos tales como el de ajuste y revisión de precios.¹²³ Adicionalmente, este artículo se complementa con el artículo 27¹²⁴ ibídem, al insistir en la obligación de mantener en los contratos estatales la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar y en consecuencia adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así las cosas, de los artículos mencionados puede extractarse que la revisión de precios se ha definido como un método para el cálculo de los ajustes que se le deben reconocer al contratista por las fluctuaciones que durante la ejecución del contrato se hayan presentado en los costos de los componentes básicos que integran el objeto del contrato y su finalidad es asegurar que el pago que realice la administración pública por concepto de los trabajos ejecutados por su colaborador privado concuerden íntegramente con el valor de la remuneración pactada en el contrato.¹²⁵

Esta se caracteriza por ser un derecho del contratista que nace *ex lege*, por consiguiente, es de orden público y de obligatoria estipulación en los contratos que reúnan los presupuestos para su aplicación, es decir, la cláusula de revisión de precios se entiende implícitamente incorporada en el contrato así las partes no la hayan estipulado. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se requiere que las partes al momento de la celebración del contrato, o posteriormente, cuando sobreviene durante la ejecución la variación de costos de los componentes que integran la obra, el suministro o el servicio acuerden el tipo de fórmula que permita calcular el valor de los ajustes.¹²⁶

La revisión de precios se aplica por el acaecimiento de aleas previsible, como la inflación y la devaluación de la moneda, que aún cuando se puede conocer anticipadamente su ocurrencia, no es posible cuantificar exactamente el impacto porcentual que tendrá en el valor de los factores determinantes del precio; por tanto, apunta a reconocer modificaciones extrínsecas o simplemente nominales del precio pactado en el contrato como respuesta a

¹²³ Artículo 4° Numeral 8° de la Ley 80 de 1993 “Adoptar 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 concurso, 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”.

¹²⁴ Artículo 27 de la Ley 80 de 1993. De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

¹²⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis G, *Op.*, *Cit.* 514 -515 p

¹²⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Segunda reimpresión, Legis, Bogotá, Pág. 67.

fenómenos inflacionarios ordinarios que permiten conservar el poder adquisitivo de la moneda, por lo que en realidad no debe implicar una mayor remuneración para el contratista sino la actualización de la convenida.¹²⁷

El método de la revisión o ajuste de precios opera técnicamente mediante fórmulas polinómicas o fórmulas tipo, que permiten realizar de manera precisa, un cálculo matemático de la incidencia que las variaciones de los costos de los componentes básicos de la obra (jornales, hierro, arena, etc.) tienen en los precios de la misma. Existe una gran variedad de fórmulas las cuales serán determinadas según la naturaleza y peculiaridad de cada contrato. La revisión de precios a diferencia de la indexación, opera en función de la variación de los costos o componentes determinantes (tales como mano de obra, materiales etc.) del precio del contrato, ya que en el caso de la indexación tiene en cuenta es la pérdida del valor del dinero en el tiempo. El objeto de la indexación no es restablecer la ecuación económica y financiera sino actualizar el precio, en pos de conservar el poder adquisitivo de la moneda.¹²⁸

Al adoptar contractualmente una determinada formula de ajuste de precios se tiene la intención y el sentido de lograr el mantenimiento del equilibrio económico del contrato mediante la oportuna corrección de los desajustes que se produzcan por causa de la inflación y de otros fenómenos económicos que afectan el valor intrínseco de la remuneración del contratista, no significa con esto que tal convención implique la prohibición o improcedencia de buscar el mantenimiento del equilibrio económico cuando quiera que se encuentre que la fórmula de ajuste de precios no ha logrado debidamente su cometido.¹²⁹

Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que obliga a las partes a mantener el equilibrio económico del contrato, a través de las formulas de reajuste de precios que adopten las partes, las cuales resultan ser un mero procedimiento que estas acogen para darle efectividad al principio, pero no lo sustituyen. Esto quiere decir, que la fórmula adoptada resulta deficiente e incapaz de corregir los desajustes económicos que por causas ajenas al contrato puedan presentarse durante la ejecución, las partes contratantes o el juez deben corregirla o complementarla en aplicación de la noción de equilibrio económico del contrato, que es de obligada observancia como norma superior.¹³⁰

¹²⁷ VILLAR PALASÍ, José Luis, Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas, Revisión de precios, Segunda Edición, Editorial Aranzadi SA, Madrid (España), 2004, Pág. 601.

¹²⁸ Ver en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/derecho/TESIS66.pdf>

¹²⁹ MONROY TORRES, Marcela, MARTINEZ MARTINEZ, Alfonso y HERNANDEZ MORA, Alberto, Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles S.A., Conciviles S.A., 16 de mayo de 2001.

¹³⁰ Laudo Arbitral Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles S.A., Conciviles S.A., 16 de mayo de 2001.

Por su parte, la doctrina¹³¹ ha establecido algunos referentes materiales y temporales para determinar la actualización de precios, tales como:

- a. **Las condiciones técnicas, económicas o financieras formuladas por el proponente en la etapa precontractual, es decir, al momento de proponer o contratar:** Tales variaciones comprenden diversas gamas: desde la modificación de los términos de referencia, la carencia de respaldo presupuestal, la inexactitud, insuficiencia o yerros en los estudios y diseños o en los términos de referencia o pliegos de condiciones, el caso fortuito, la fuerza mayor, la intervención de un tercero, la imprevisibilidad, y el hecho del príncipe, hasta la utilización gravosa y no racional de las cláusulas excepcionales.
- b. **El surgimiento de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas.** La revisión de precios comporta el pago del capital con los respectivos intereses moratorios a que alude la norma, prescripción que es complementaria, no excluyente, de la actualización de precios, puesto que en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.¹³²

Es así como podemos concluir que la figura de la revisión de precios y su correspondiente actualización inciden directamente en el precio final del contrato, puesto que estas conllevan al mantenimiento del precio (real) durante el tiempo de ejecución de la obra, prestación o suministro del contrato; por lo tanto, en la ley existe una disposición en que los precios se reajusten hasta la fecha de pago real o efectivo, de modo que la mora de la entidad en pagar el precio se compensa con el reajuste de precios que se calcula hasta la fecha del pago del precio respectivo.¹³³

Sin embargo, no en todas las ocasiones la finalidad de la revisión y reajuste de precios se cumple a cabalidad, pues, en múltiples eventos ha sido utilizada para hacer fraude a la licitación, al ser empleada para que ofertas artificialmente bajas sean luego actualizadas a costos superiores, afectando claramente el principio de libre competencia. En este sentido, debe tenerse especial cuidado con las bajas temerarias las cuales se presentan especialmente cuando *“la oferta del mejor postor difiere notablemente de las proposiciones presentadas, siendo éstas homogéneas en su cuantía y ajustadas al presupuesto oficial de la entidad para una determinada contratación”*¹³⁴

¹³¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, *Op., Cit.* 68-69

¹³² RICO PUERTA, Luis A., Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, *Op., Cit.* 511.

¹³³ GAROFALO SALAZAR, Aurelio, Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Tercera Edición Editorial Jurídica, Quito-Ecuador, 2004, Págs. 37-38,

¹³⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda, MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón, *“La Contratación Estatal: Teoría General – Perspectiva comparada y regulación internacional”*, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, Pág. 274.

De esta manera, es evidente que la revisión de precios puede convertirse en una excusa para dar un trato preferencial y desviado a los contratistas¹³⁵, por ello al tratar de mantener el equilibrio económico del contrato y al establecer las fórmulas de ajuste, las partes siempre deben tener en cuenta los precios y condiciones del mercado y el presupuesto de la entidad establecido para dicha contratación; pues si bien es cierto que a través del restablecimiento económico del contrato puede lograrse el pago de mayores valores, siempre deben respetarse la estructura de precios que el contrato contempla y las condiciones de los precios del mercado en el momento de hacer dichos ajustes, por lo tanto, la entidad debe acogerse a lo ordenado por la ley para evitar que a través de dichos ajustes se ocasionen sobrepagos al contrato y en vez de garantizarle al contratista el mantenimiento del precio de su propuesta se contribuya a un pago excesivo que conduzca al detrimento patrimonial de los recursos públicos.

Por ello, en países como España ésta figura se ha restringido de manera notable contemplando la posibilidad de aplicar la revisión de precios en los contratos públicos bajo el cumplimiento de una serie de condiciones y teniendo en cuenta los parámetros fijados a través de un sistema de índices o formulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación¹³⁶ y adicionalmente una serie de medidas para evitar el fraude como excluir la posibilidad del sistema de revisión de precios en aquellos contratos en los cuales no se haya ejecutado el veinte por ciento de la obra, ni el primer año de ejecución¹³⁷ y además se ha exigido que el sistema de revisión de precios esté contemplado en el pliego de condiciones para dar publicidad a ésta fórmula.¹³⁸

Así mismo, en los Estados Unidos esta conducta conocida con el nombre de “*Buying in*” ha sido particularmente prohibida, pues consiste en la presentación de una oferta con unos costos anticipados bajos con el objeto de incrementar el valor del contrato después de su adjudicación o recibir otros contratos con un valor artificialmente alto con el objeto de recuperar las pérdidas. Para el efecto, se han señalado una serie de criterios para la reducción de estas prácticas tales como la contratación en varios años con el requisito en la solicitud de que el precio será fijado para la cantidad total de años y opciones de precio

¹³⁵ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, La Contratación Administrativa en Colombia, Primera Edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990, Págs. 201-217.

¹³⁶ Ley Española de Contratación del Sector Público Artículos 78 a 80 y 104 a 106 del TRLCAP.

¹³⁷ Artículo 103 Numeral 1 del TRLCAP. 1. La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión.

¹³⁸ Artículo 77 Numeral 3 de la LCSP. Procedencia y límites. 1. La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 % de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 % ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión. No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 % de la prestación.

para cantidades adicionales que junto a la cantidad del programa iguale los requerimientos del programa.¹³⁹

Mientras tanto en Colombia, este tipo de limitantes no se ha implementado, permitiendo así que en algunas ocasiones a través del reajuste de precios, se hayan reconocido mediante adiciones o modificaciones al contrato, el pago de mayores valores por encima de los precios del mercado. Por lo anterior, es importante analizar qué tipo de límites deben imponerse al uso de ésta figura ya que su procedencia no siempre obedece a reajustes otorgados con ocasión de fenómenos inflacionarios o que dan lugar a la utilización de la cláusula de revisión y reajuste de precios y por ende pueden configurarse sobreprecios.¹⁴⁰

Se recomienda entonces que las entidades y los operadores jurídicos hagan uso de la figura de la revisión y reajuste del precio con responsabilidad, teniendo en cuenta las condiciones y precios del mercado al momento de aplicar las formulas, pues tal y como lo hemos analizado ésta se puede desdibujar y servir para compensar económicamente durante la ejecución del contrato al contratista que presenta una propuesta artificialmente baja o para realizar maniobras fraudulentas, burlando el proceso de selección y haciendo que el contrato sea ejecutado con un precio diferente al pactado en el contrato inicial ocasionando los denominados sobreprecios.

CAPÍTULO II

2. EL SOBREPRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1. Reseña Histórica

La doctrina ha defendido el justo precio, que tuvo su reconocimiento legal en épocas históricas anteriores a la codificación. Era herencia de la moral cristiana y del derecho canónico y, por ello, se admitía la rescisión por lesión enorme del sexto (15%) y más tarde la lesión *ultra dimidium* (50%).¹⁴¹

Como señala LÓPEZ JACOISTE¹⁴², el establecimiento del justo precio en la compraventa representaba un problema de larga tradición iniciado con la compilación justiniana que estableció como mecanismo de solución la rescisión por perjuicios en más de la mitad del justo precio. Tradición que robustecida por la glosa y los canonistas, llegaría a la época codificadora, estableciendo como precio justo, el que fuera conforme al ius, y por ende,

¹³⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda, MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón, “*La Contratación Estatal: Teoría General – Perspectiva comparada y regulación internacional*”, *Op. Cit.*, 275p.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14943 del 21 de junio de 2003, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁴¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El Equilibrio Financiero del Contrato – La Contratación Pública*, Tomo II, Primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2006, Págs. 725.

¹⁴² LÓPEZ JACOISTE, José J., “Sobre la Aporia de la equivalencia contractual”, en el libro homenaje a Federico Castro, 2001, p.842

constituiría una lesión al mismo el no recibir, uno de los contratantes el “equivalente de lo que da.

Después del Código de Napoleón, bajo la influencia del pensamiento liberal imperante (Adam Smith, Jeremías Bentham), la libertad de pactos desplaza la idea de justicia; entonces, lo importante es la idea que cada sujeto tenga de “su” interés, según esa ley de la utilidad marginal decreciente de los bienes, pues sólo cada una de las partes del contrato sabe lo que le interesa y, si hay libertad, no hay error, ni engaño y si se otorga el consentimiento, eso es lo justo, es decir, no hay “justo precio”. Detrás de estos criterios, estaba patente el deseo de facilitar las transmisiones de bienes (“la riqueza de las naciones”) y, en general, la defensa del liberalismo económico. En consecuencia, el código francés admitió todavía la acción rescisoria de forma restrictiva. En este sentido, el artículo 1674 consagró la lesión de más de siete doceavas partes del precio como vicio del contrato, no como atentado a la equivalencia, sino como presunción de un consentimiento viciado por violencia o dolo.¹⁴³

En los países de tradición Romano- Germánica, la concepción del contrato en Derecho Civil es también fruto del pensamiento liberal, que inspiró la codificación en estos ordenamientos jurídicos. En ellos se consagra una idea del contrato basada en tres principios fundamentales¹⁴⁴:

- a) La autonomía de la voluntad y la libertad de pactos, principio esencial del liberalismo económico.
- b) La inmutabilidad del *contractus lex*, que implica que los contratos deben cumplirse en los términos pactados y son inmodificables, ni siquiera por el juez, que podrá anularlos, pero no revisarlos. Solo un nuevo pacto tan libre como el primero, puede modificarlos.
- c) En la contratación es más importante conseguir la seguridad del tráfico jurídico que la justicia individual.

Por tanto, se entiende que cualquier precio pactado es “justo” salvo que haya engaño o violencia por uno de los contratantes, entonces estamos ante un vicio de la voluntad. Por ejemplo, en el derecho civil español, se permite la rescisión por lesión en supuestos flagrantes de indefensión de una de las partes, lo cual sucede en los contratos que pudiesen celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a las que representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquellos, o en los otorgados en representación de los ausentes, si éstos hubiesen sufrido

¹⁴³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, El Equilibrio Financiero del Contrato – La Contratación Pública, *Op., Cit.*, 726p.

¹⁴⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, El Equilibrio Financiero del Contrato – La Contratación Pública, *Op., Cit.* 726p.

el mismo perjuicio. Es decir, la idea de que los contratos hayan de ser objetivamente justos está lamentablemente ausente de nuestros ordenamientos positivos.¹⁴⁵

Por ello, la mayoría de los códigos civiles cobijados bajo este sistema templan este riguroso formalismo con una apelación genérica a la buena fe.

Por su parte, en nuestro país, las soluciones en materia del precio justo se limitan a la acción de lesión enorme únicamente en materia de compraventa de bienes inmuebles, sin que adicionalmente a ésta acción se haya contemplado una norma jurídica específica que contemple, soluciones inmediatas para resarcir los daños causados al patrimonio público por sobrepuestos, pues no se han planteado reformas estructurales de fondo que ayuden a determinar con exactitud qué acciones o a que mecanismos se puede acudir cuando se presentan sobrepuestos dentro del proceso de selección de contratistas o cuando se ha celebrado el contrato y se presentan sobrepuestos; independientemente de las responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales a que hubiere lugar.

2.2. Concepto y definición del sobrepuesto

Al analizar el concepto del precio y hacer un paralelo en su definición en el Derecho Público y el Derecho privado, encontramos que en el Derecho público a diferencia del privado, el precio de los contratos debe ser, en lo posible, el “justo precio”, de tal manera que haya un exacto equilibrio entre el valor de los bienes o servicios que se reciben y el precio que se paga por ellos. Se trata entonces, de conseguir el “óptimo contractual” para lo cual debe fijarse en el pliego de condiciones o en el contrato un “justo precio” y revisarse cuando sea necesario si el equilibrio económico se ve alterado por un cambio de circunstancias. Esto obedece a razones de conveniencia para el interés público; puesto que la administración que no es una empresa de negocios, sino una organización al servicio de los intereses generales, que no debe introducir en su esquema contractual apreciaciones subjetivas, reduccionistas en la estimación de los precios, ni debe intentar hacer buenos negocios con cargo al contratista. Por ello, los precios del contrato deben estar basados en la media del mercado. Entonces, la competencia de ofertas se depurarán en el procedimiento de adjudicación y, de no existir competencia suficiente, deberá dejar desierta la adjudicación y ajustarlos a costos reales.¹⁴⁶

En consecuencia, cuando el precio del contrato no se ajusta a la media del mercado, este fenómeno se ha asociado de manera general, con la corrupción en los contratos estatales, pues se ha encontrado que es a través de los sobornos, como práctica corrupta, como se materializan unos costos que distorsionan la actividad económica al alterar el nivel de los

¹⁴⁵ OSORIO Y MORALES Juan, Notas para una teoría general del contrato, en “Revista de Derecho Privado”, Diciembre de 1965, p.1091 y sigtes.

¹⁴⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Op., Cit.*, 727- 729 p.

precios, afectando el crecimiento económico y contribuyendo a la ineficiencia administrativa e impidiendo la retribución de los recursos.¹⁴⁷

Por lo anterior, los mayores costos de transacción originados en los pagos extraoficiales realizados por el contratista a funcionarios públicos en los procesos de compras estatales; son una consecuencia directa de las prácticas corruptas traducidas en irregularidades en los procesos de contratación, que sumadas a las pérdidas por incumplimiento y a las condiciones de incertidumbre, generan costos extras que son trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados, configurándose así los denominados sobreprecios.¹⁴⁸

En efecto, el ofrecimiento de sobornos por parte de los contratistas a los funcionarios públicos, puede generar una afectación en los precios del contrato, que implica una elevación en el precio del bien o servicio demandado por el Estado, por fuera de los precios y condiciones del mercado. En este caso se presenta una mayor ineficiencia económica ya que se está pagando un mayor valor que cubre no solamente lo que cuesta el bien o servicio, sino el soborno para pagado para la adjudicación del contrato.¹⁴⁹

Por lo tanto, para determinar cuáles son los precios reales del mercado, hay que tener en cuenta, que además de los costos de producción, existen unos costos de transacción en las relaciones de intercambio, debido esencialmente a las imperfecciones del mercado, y en particular, a las asimetrías de la información, a la celebración y supervisión de los contratos, a la protección de los derechos de propiedad y a las normas regulatorias y a la posible desnaturalización de la función pública a través de fenómenos como el clientelismo y la corrupción, los que representan unos costos adicionales de transacción.¹⁵⁰

En su definición de los costos de transacción, WILLIAMSON (1990) diferencia en los procesos de contratación unos *costos ex ante* y otros denominados *ex post*. Los primeros, incorporan los costos de negociación (se refieren a los costos de elaboración de pliegos, publicación, estudio de las propuestas y adjudicación de la licitación, para el contratante; y el estudio de pliegos, inscripción de la licitación y elaboración de la propuesta, para el contratista), así como también, de redacción del contrato incluyendo las contingencias reconocidas, las cláusulas de salvaguardia y las medidas de protección así como las instancias a las cuales recurrir para saldar las diferencias. Por otro lado, el componente *ex post*, hace alusión a los costos de renegociación y ajuste del contrato original y de gobernabilidad, es decir, de hacer cumplir el contrato en caso de discrepancia; sin embargo, como se ha dicho, no se contempla el costo generado por ocurrencia de sobornos en los

¹⁴⁷ MARTÍNEZ Edgar E., RAMÍREZ Juan M, “La Corrupción en la contratación Estatal Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”, Bogotá D.C., P. 159

¹⁴⁸ MARTÍNEZ Edgar E., RAMÍREZ Juan, *Op., Cit*, 159p

¹⁴⁹ Modelo de afectación de precios, de utilidad, de condiciones y de oportunidad. Archivos de economía – Colombia. Dirección de Estudios Económicos.

¹⁵⁰ MAXIMILLIAM CARL EMIL WEBER (Erfurt, 21 de abril de 1864 – Munich, 14 de Junho de 1920) fue un intelectual alemán, jurista, economista y considerado uno de los fundadores de la Sociología.

procesos de contratación estatal, los que pueden incrementar los costos *ex ante* y/o *ex post*.¹⁵¹

Las compras estatales, se han venido planteando a través del modelo principal-agente-cliente, donde hay una relación entre la autoridad del gobierno, en cabeza de un funcionario público (que posee algunos derechos de propiedad efectivos sobre los bienes del gobierno que el distribuye) y el ciudadano (para este caso los eventuales contratistas que se relacionan con el Estado). En consecuencia, el Estado demanda unos bienes y/o servicios, a través de funcionarios que pueden optar por comprarlos de acuerdo a los procedimientos establecidos para garantizar principios públicos como la transparencia y la economía en la selección de las ofertas o, por el contrario, optar por no considerar estos principios contratando a quien garantice el pago de un soborno¹⁵².

Por lo anterior, el funcionario tiene la oportunidad, por ejemplo, de restringir los oferentes y garantizar una escogencia determinada, definiendo y ponderando variables de conveniencia para un determinado contratista y no para el Estado.¹⁵³

Frente a esta situación, un estudio del Banco Mundial (2002),¹⁵⁴ ha concluido que los mayores costos de transacción por concepto de los sobornos resultan considerables. Según la percepción de los funcionarios públicos en Colombia, el monto del soborno en los casos de las contrataciones corruptas tiende a oscilar entre un 10 y un 25% del valor de los contratos, siendo el promedio del 19%, es decir, si el total de las contrataciones públicas equivale al 70% del total de la inversión pública, los sobornos por este concepto alcanzarían un promedio de US\$480 millones anuales; lo cual equivale al 0,56% del producto interno bruto (PIB), que en el año 2001 ascendió a US\$86 billones.

Por lo tanto, este mayor costo de transacción (el soborno) afecta la eficiencia, la eficacia, y, por lo tanto la efectividad de la economía, debido a las distorsiones que genera en el nivel de precios, en el crecimiento económico y en la redistribución de los recursos, generando asignaciones ineficientes e injustas.¹⁵⁵

¹⁵¹ WILLIAMSON, O. "Transaction Cost Handbook of Industrial Organization I, Elsevier Science Publisher, Amsterdam.1990. "En 1990 el economista John Williamson presentó un documento que delineaba las prescripciones para el desarrollo económico de los mercados emergentes y que se dio a conocer como el "Consenso de Washington".

¹⁵² MARTÍNEZ Edgar E., RAMÍREZ Juan M, "La Corrupción En La Contratación Estatal Una Aproximación Desde El Neoinstitucionalismo, *Op, cit.* 153

¹⁵³ MARTÍNEZ Edgar E., RAMÍREZ Juan M, "La Corrupción En La Contratación Estatal Una Aproximación Desde El Neoinstitucionalismo, *Op, cit.* 153

¹⁵⁴ BANCO MUNDIAL. (2002). Estudio de Corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad. Bogotá: Fundación Transparencia.

¹⁵⁵ En www.monografias.com, "En el ámbito administrativo y gerencial, los términos de eficiencia, eficacia y efectividad son utilizados frecuentemente. Sin embargo, la mayoría de las veces, la interpretación de los mismos, obedece a breves reseñas de algunos especialistas que no son de uso cotidiano, por lo que pueden ser sujetas a interpretación, especialmente cuando se dé por sentado que la instrucción ha sido entendida, basados en el hecho de que se habla en el mismo idioma. Enviado por GONZALEZ M., Juan Carlos, "La Verdad Sobre la Eficiencia, Eficacia y Efectividad" 24 de febrero de 2002.

No obstante lo anterior, podemos decir, que la ocurrencia de sobreprecios, no siempre se da por el ofrecimiento de sobornos, pues precisamente en palabras de DÁVILA VINUEZA¹⁵⁶ es recomendable analizar el tema del sobreprecio con detenimiento y tratarlo en su justa dimensión, pues no todo lo que se imputa como sobreprecio lo es, ni todo sobreprecio es reprochable.¹⁵⁷

En este sentido, según DÁVILA VINUEZA existen una serie de criterios fundamentales para analizar si existen sobreprecios:

- a. Pueden existir precios por encima del mercado que tengan plena justificación en un momento determinado, dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar propias de cada contrato¹⁵⁸. Por lo anterior, la determinación de un precio injustificado no puede partir de simplemente comparar el valor pactado en el contrato y el valor final real pagado por la entidad, pues como se ha dicho, en muchos contratos el estipulado tan solo tiene connotaciones de estimado, debido a que la magnitud de la obra impide conocer desde el inicio las cantidades reales que se requieren para cumplir el objeto contractual, en cuyo caso el valor final pagado, por regla general, será mayor al inicial y por ende, será inexistente el sobreprecio, sobrecosto o precio injustificado¹⁵⁹.
- b. Tampoco existiría sobrecosto cuando en la ejecución del contrato se presenten vicisitudes que afectan la normal ejecución del mismo, casi siempre en cuanto al factor tiempo, bien sea por conductas atribuibles a la entidad, como, por ejemplo, cuando se vale de diseños equivocados que provocan dilaciones y mayor onerosidad en la ejecución del contrato, o bien por circunstancias imprevistas no imputables a las partes. En uno y en otro evento la evidente ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato conduce al pago de unos dineros al contratista que tampoco pueden tratarse como sobreprecios, sobrecostos o precios injustificados¹⁶⁰.
- c. El sobreprecio debe abordarse limitando el examen del precio pactado en el contrato sin entrar a compararlo con resultados finales, pues es en el convenio mismo cuando se determina la irregularidad, es decir, cuando sin ninguna causa el valor pactado y pagado por un bien, servicio u obra es superior al normal que se debió haber pactado y pagado, dadas las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se originó el negocio. En este caso, el ordenamiento jurídico no protege bajo ninguna circunstancia una situación así presentada, afectando la irregularidad por igual a entidades y contratistas.

¹⁵⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá, Págs. 204.

¹⁵⁷ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, *Op., Cit.* 204 – 205p.

¹⁵⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá, Págs. 204.

¹⁵⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá, Págs. 204.

¹⁶⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá, Págs. 204.

A diferencia de cuando se aplica el principio de la ecuación contractual, en que los mayores valores en que incurre la entidad son lícitos y merecen por tanto, la protección de nuestro ordenamiento jurídico.

- d. El análisis del sobreprecio no debe limitarse tampoco a la comparación entre el valor comercial de las obras, bienes y servicios contratados y el fijado en el contrato, para deducir responsabilidad cuando no coincidan, ya que el precio justificado no necesariamente se identifica con el valor comercial, aunque el mismo deba ser el indicativo desde donde debe partir todo análisis.¹⁶¹

Lo anterior, por cuanto en muchos casos el precio real en un momento dado no coincide con el comercial. El precio comercial, entendido este como el habitual en un período de tiempo determinado, puede variar según el sitio, por la ocurrencia de paros, catástrofes, tomas guerrilleras, etc., por la forma de pago convenido, por los riesgos que la entidad traslada a los contratistas e incluso por la historia de la entidad en el cumplimiento de los pagos.

- e. Por último, concluye el autor que el análisis del sobreprecio no debe simplemente limitarse a una simple comparación entre los precios del mercado y el pactado sin entrar a valorar las condiciones que pudieron haber afectado el precio convenido, ya que ello constituye un grave error generador de mayores costos para el erario público cuando el afectado por una determinación en esas condiciones adoptada, demuestre judicialmente las razones que motivaron un precio, si se quiere mayor al del mercado y en cuyo evento, la justicia deje sin efectos el acto sancionatorio y condene al pago de los perjuicios sufridos.¹⁶²
- f. Cuando se reconoce un hecho imprevisto que afectó el valor del contrato (Teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe) no hay sobreprecio, porque lo que se está reconociendo es que las condiciones de modo, tiempo o lugar cambiaron después de ofertado el contrato por hechos imprevistos no imputables a las partes, lo cual no constituye sobreprecio. Esto es lo que podríamos llamar ruptura del equilibrio financiero y económico del contrato, que conduce al pago de unos dineros al contratista que tampoco pueden tratarse como sobreprecios, sobrecostos o precios injustificados. Se podría hablar de un mayor valor del contrato pero no de un sobreprecio.¹⁶³

Recogiendo los anteriores planteamientos y para efectos de determinar cuándo nos encontramos en presencia de sobreprecios en un contrato estatal, es necesario precisar que los precios del mercado de un bien o servicio dependen de manera fundamental de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se va a ejecutar el contrato o a entregar el bien o servicio requerido. Por ende, si las condiciones cambian el precio cambia.

¹⁶¹ DÁVILA VINUEZA, *Op. Cit.* 205p.

¹⁶² DÁVILA VINUEZA, *Op. Cit.* 206p.

¹⁶³ DÁVILA VINUEZA, *Op. Cit.* 207-208p.

Por lo tanto, encontramos que frente al precio o valor del contrato se pueden hacer diferentes interpretaciones que no necesariamente conllevan a la configuración de sobreprecios, pues si bien es cierto hay un incremento en el valor del contrato, puede deberse a diversas causas, con justificaciones legales y que no llamaríamos precio excesivo injustificado o sobreprecio, pues esos fenómenos tienen otras denominaciones.

En consecuencia, puede definirse el “SOBREPRECIO” como la diferencia que hay entre los precios promedio del mercado y los precios a los que se adquieren los bienes y servicios y específicamente en materia de contratación estatal, como la diferencia que existe entre los precios promedio del mercado y los precios de las propuestas recibidas y/o precios contratados por el Estado y/o precios ejecutados por el contratista, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se originó dicha diferencia.

2.3. Breve recuento del manejo del sobreprecio en Colombia

2.3.1. Decreto – Ley 150 de 1976

En el Decreto – Ley 150 de 1976 por el cual “*se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*” se establecen los criterios para determinados contratos que servirían de base para la determinación del valor a pagar por la entidad:

- En cuanto al concurso de méritos¹⁶⁴, los honorarios se fijaban de acuerdo a tarifas establecidas por las Asociaciones de Profesionales y aprobadas por el Gobierno Nacional o en su defecto, por acuerdo global de las partes de una suma fija representada en un porcentaje del costo final de la obra o del estudio¹⁶⁵.
- En el contrato de compraventa de bienes inmuebles se señalaba que el precio máximo que se puede pagar por un inmueble debe basarse en un avalúo practicado por el Instituto Agustín Codazzi.¹⁶⁶
- Respecto al precio del contrato de arrendamiento se establecía la limitación de ajustarse a los precios corrientes del mercado según la extensión o cabida del bien

¹⁶⁴ Artículo 71 del Decreto – Ley 150 de 1976. En el concurso de méritos: Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de “cuerpo consultivo del gobierno” y, en su defecto, las partes acordaran una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor.

¹⁶⁵ Artículo 71 del Decreto – Ley 150 de 1976. En el concurso de méritos: Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de “cuerpo consultivo del gobierno” y, en su defecto, las partes acordaran una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor.

¹⁶⁶ Artículo 120 del Decreto – Ley 150 de 1976. El precio máximo de compra de inmuebles será en todo caso el correspondiente al avalúo practicado con tal fin por el Instituto Agustín Codazzi”

inmueble o de acuerdo al número de unidades si se trataba de bienes muebles y de acuerdo al sitio de ubicación y estado de los mismos.¹⁶⁷

- Por su parte, frente al precio del contrato de suministro¹⁶⁸ se establece la obligación de precisar de manera clara el valor del contrato y según la cuantía de los mismos se establecen una de serie de requisitos que deben cumplirse para establecer el precio del contrato.¹⁶⁹

Además, se establecían de manera específica los criterios que debían tenerse en cuenta, para efectos de la comparación de los valores de las propuestas.¹⁷⁰

En consecuencia, encontramos en el primer Decreto ley referente a los contratos estatales en Colombia la inclusión clara y expresa de diferentes criterios para determinar el valor o precio del contrato, de conformidad con la naturaleza y características propias del mismo y por último unas reglas taxativas de evaluación o comparación del precio, aplicables a todos los contratos que celebre una entidad estatal.

Por lo anterior, se vislumbra en este decreto la preocupación del legislador por darle al operador jurídico de la norma unos parámetros de fijación del precio del contrato, ya sea dentro de los precios del mercado o de topes o precios fijados por el gobierno, a fin de imponerle unos límites a la entidad y a los contratista para evitar la contratación con precios excesivos injustificados o sobrepuestos. Mientras estuvo vigente este decreto con fuerza de

¹⁶⁷ Artículo 135 del Decreto – Ley 150 de 1976. El precio se establecerá por periodos de días, meses o años, pero no se podrán pagar valores superiores a los corrientes en el mercado, según su extensión o cabida, si se trata de inmuebles, o el número de unidades, si se trata de muebles, y de acuerdo con el sitio de ubicación y estado de los mismos.

¹⁶⁸ Artículo 104. Del Valor de los Suministros: En todo contrato de suministro debe precisarse en forma clara su valor. Cuando por la naturaleza de los bienes objeto del contrato no sea posible establecerlo, se fijarán dentro de límites máximos y mínimos, las bases que deban tenerse en cuenta para su determinación.

¹⁶⁹ Artículo 109 del El Decreto – Ley 150 de 1976. De los requisitos para la compra de bienes muebles. De acuerdo con su cuantía, las adquisiciones de bienes muebles se sujetarán a las siguientes reglas: 1) Si su valor fuere hasta por la suma de cien mil pesos (\$100.000.00) requieren pedido de funcionario competente y se reconocerán contra factura de entrega. 2) Si su valor estuviere entre cien mil uno (\$100.001.00) y doscientos mil pesos (\$ 200.000.00), requieren tres cotizaciones, pedido de funcionario competente y serán reconocidos previa constancia de recibo a satisfacción. 3) Si su valor estuviere entre doscientos mil uno (\$200.001.00) y un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) requieren licitación privada y contrato escrito. 4) Si su valor fuere superior a un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) requieren licitación pública y contrato escrito.

¹⁷⁰ Artículo 187. Criterios de comparación de las ofertas: a) Cuando haya lugar a reajuste de precios, la comparación se hará teniendo en cuenta los topes máximos señalados a dichos reajustes; b) No se computará dentro de la oferta nacional el valor de los impuestos sobre las ventas, aunque éstos deban ser pagados, siempre que los mismos no se liquiden en las ofertas que requieren importaciones; c) En el evento de que una oferta incluya no sólo el suministro de bienes sino su montaje y puesta en marcha, se tomará el valor total comparable cotizado por los productores nacionales y por los extranjeros; d) Únicamente para lo previsto en el presente artículo, se tendrán como tarifas arancelarias mínimas las del quince por ciento (15%) para lo cual las que sean inferiores a esta cifra se aumentarán a dicho porcentaje.

ley, el legislador procuró dotar de más y mejores herramientas a las entidades estatales para fijar de una manera adecuada y justa el precio del contrato.

2.3.2. Decreto-Ley 222 de 1983

En el posterior Decreto-Ley 222 de 1983, no se reguló con detalle la determinación del precio, es decir, no se hizo alusión detallada a la manera de evaluar o comparar los precios del contrato, ni al desequilibrio económico del contrato, salvo en lo concerniente al restablecimiento en la economía del contrato producto de una decisión de modificar unilateralmente el mismo, o la posibilidad que tenían las entidades de revisar los precios (Art. 86)¹⁷¹, cuando hubiesen pactado precios globales o precios unitarios con fórmulas de reajuste; así como tampoco, se hace referencia a la obligatoriedad de ajustar las propuestas a las condiciones y precios del mercado.

2.3.3. Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 aborda el tema de los precios indicando que es necesario precisar con anterioridad las condiciones de costos y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato y de igual manera establece la obligación de efectuar el cotejo de las propuestas a través de la consulta de los precios y condiciones del mercado y de los estudios y deducciones de los organismos consultores o asesores designados para ello.¹⁷²

En atención a dicha situación y ante los eventuales casos de corrupción ocurridos con ocasión de sobrepuestos, el Congreso de la República por iniciativa de diferentes sectores de la sociedad, expidió la Ley 598 de 2000, mediante la cual se creó el ya mencionado y **recientemente derogado**, Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE).¹⁷³

En el año 2002, se expidió el Decreto 2170 (derogado por la Ley 1150 de 2007) reglamentario de la Ley 80 de 1993, que en su Artículo 6 establecía que el estudio de

¹⁷¹ Art. 86 del Decreto Ley 222 de 1983. De la revisión de precios. En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.

En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

Las revisiones se consignaran en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato.

¹⁷² Artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993.

¹⁷³ Ley 598 de 2000 - Concepto jurídico Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, Rad. 80112-2155 del 24 de julio de 2002.

precios y condiciones del mercado debía hacerse a través del registro único de precios de referencia (RUPR – SICE). Además, se otorgaba a la entidad la posibilidad de descalificar la propuesta o declarar desierto el proceso cuando del análisis de precios se desprenda que no existan razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso.¹⁷⁴

Con esta norma se pretendía dar un avance en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya no solamente se limitaban las consecuencias de los sobrecostos al campo de la responsabilidad del servidor público y del contratista, sino que también se atiende a la parte precontractual como tal, pues con anterioridad a esta norma, las demás leyes no habían plasmado aspectos semejantes.

Por otra parte, tal y como lo habíamos comentado en capítulo aparte, se observa que en Colombia al igual que en otros ordenamientos jurídicos, el sobreprecio se ha asimilado a casos de corrupción. En nuestro país por ejemplo, está demostrado que la administración pública adolece de problemas de corrupción, y estos se relacionan en una gran medida con los sobreprecios en los contratos estatales. Según datos de la Contraloría General el volumen anual de la administración pública en contratos es de 26 millones de millones de pesos (aprox. USD \$11.3 billones) y el sobreprecio promedio que se pierde por concepto de corrupción es del 20% de ese valor.¹⁷⁵

Así mismo, encontramos que el mayor tratamiento que se le ha dado a este tema en nuestro país, es a nivel de responsabilidades de los funcionarios públicos involucrados por los entes de control (llámese Fiscalía, Contraloría y Procuraduría) mediante investigaciones que han dado lugar a fallos en los cuales se ha condenado por celebrar y/o adjudicar contratos con sobreprecios. Al respecto en el cuarto capítulo de la presente investigación, haremos un análisis del manejo de los diferentes entes de control frente al sobreprecio en los contratos estatales.

¹⁷⁴ Artículo 6° del Decreto 2170 de 2002. De la consulta de precios o condiciones del mercado. La consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados. La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si de tal análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, la entidad podrá descalificarlos o declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo.

Cuando la entidad carezca de la infraestructura tecnológica y de conectividad para acceder a la información del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE), la consulta de precios o condiciones del mercado se entenderá verificada con el estudio que la entidad realice para el efecto, del cual deberá dejar constancia por escrito.

Parágrafo transitorio. La aplicación de este artículo por parte de las entidades estatales se hará en los términos que sean establecidos para la implementación del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE).

¹⁷⁵ LAFAURIE José F, 2002, SICE: Sistema de Información de la Contratación Estatal. Hacia un Nuevo Estado.

2.3.4. Leyes posteriores

Posteriormente, ante la inquietud que se venía presentando en nuestro país acerca de la precisión de las acciones contractuales para el tratamiento del sobreprecio, que ayuden a resarcir los perjuicios ocasionados por el contrato con sobreprecios; se plantea en los proyectos de reforma a la Ley 80 de 1993 la posibilidad que bajo el principio de la conmutatividad de la contratación estatal, cuando la entidad encontrara sobreprecios en un contrato estatal no estaba obligada a pagar precios que excedieran injustificadamente del precio comercial de los bienes o servicios contratados al tiempo de la apertura del proceso de licitación o concurso o, en los eventos de contratación directa, al tiempo de la celebración del mismo y además, proponen la denominada acción por lesión: mediante la cual las entidades estatales, los organismos de control fiscal y el Ministerio Público estarían legitimados para solicitar a la autoridad judicial que la entidad contratante pueda abstenerse de pagar el valor que exceda el precio comercial de los bienes y servicios que haya contratado, siempre que tal exceso resulte desproporcionado e injustificado y en los eventos en que la entidad ya hubiere efectuado pagos del precio lesivo, a través de esta acción también se podría solicitar el reintegro del valor pagado en exceso, actualizando a la fecha de ejecutoria de la decisión o en el evento en que la decisión judicial exprese que en el proceso pudo establecerse con claridad la actuación de mala fe del contratista, se ordenará el reintegro pleno de lo dado o pagado por la entidad y la conservación, a favor de ésta y a título de sanción, de lo que hubiere recibido del contratista incurso en esa conducta”¹⁷⁶

Sin embargo, al expedir la Ley 1150 de 2007 “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre los recursos públicos*”, se observa que la proposición mencionada, no quedó incluida dentro de la nueva ley, es decir, no se contempló ninguna acción que permitiera resarcir los perjuicios de un contrato con sobreprecios, ni en el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, así como tampoco, en el Decreto 734 de 2012.¹⁷⁷

Al respecto, lo único que se puede encontrar en la mencionada ley y decretos reglamentarios, es la referencia que se hace a la obligatoriedad de cotejar las propuestas presentadas frente al estudio de condiciones y precios del mercado, tal y como se había planteado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Proyecto de Ley 85 de reforma a la Ley 80 de 1993.

¹⁷⁷ Decreto 734 de 2012 “*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*”

¹⁷⁸ Artículo 5° Numeral 2° de la Ley 1150 de 2007. *La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

Entonces, tenemos que la nueva ley de contratación no planteó ninguna modificación respecto a acciones específicas o la inclusión como causal taxativa de nulidad para atacar la validez de un contrato con sobrepuestos o aquellas que permitan el resarcimiento de perjuicios ocasionados con este tipo de contratos tanto para los servidores públicos involucrados como para los contratistas que se benefician con los mismos.

Por tanto, como resultado del análisis de la normatividad contractual en Colombia y específicamente en materia de sobrepuestos, encontramos un vacío legal en esta materia, máxime cuando el legislador hizo caso omiso de las sugerencias planteadas en los diferentes proyectos de ley, sin embargo, encontramos algo nuevo y diferente en el Estatuto Anticorrupción expedido mediante la Ley 1474 de 2011, al otorgarle a los organismos de control fiscal funciones especiales que ayudan a establecer responsabilidades en materia de sobrepuestos, tales como considerar como dolo o culpa grave cuando los servidores públicos omitan el deber de efectuar comparaciones de precios y además poder ordenar a los comerciantes que exhiban libros, comprobantes y documentos de contabilidad con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobrecostos en los contratos estatales y además tienen la posibilidad de sancionar a los comerciantes que no atiendan estos requerimientos; así como también, se implementan medidas contra las personas jurídicas y los contratistas que realicen o participen en conductas que atenten contra el patrimonio público.¹⁷⁹

Normas que serán analizadas con mayor detenimiento en el último capítulo del presente trabajo de investigación, pero que no se pueden dejar de resaltar en este punto, dado que reflejan el cambio que se ha venido gestando en la concepción del sobrepuesto como un grave foco de corrupción, pues por mucho tiempo y por desgracia los sobrepuestos fueron considerados, como parte de la corrupción gris, es decir, aquella que no toda la sociedad considera perjudicial.¹⁸⁰

Por otra parte, en este capítulo vale la pena resaltar que en el momento en el cual el presente trabajo de investigación se encontraba en revisión de los jurados, se expidió el Decreto 734 el 13 de abril de 2012, “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, dicho decreto expone en sus considerandos la necesidad del gobierno nacional de expedir en un reglamento las reglas necesarias para el adelantamiento de los procesos contractuales, de los contratos y otros asuntos relacionados con los mismos y que, en atención a la dinámica de la materia a reglamentar, permite las actualizaciones y ajustes continuos necesarios.

Así las cosas, el nuevo decreto derogó los veintisiete (27) decretos reglamentarios de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y compiló en un solo documento la reglamentación existente, incluyendo también la regulación de las disposiciones contenidas en la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), la Ley 1474 de 2011 (Estatuto

¹⁷⁹ Artículos 34, 44, 114 y 118 de la Ley 1474 de 2011.

¹⁸⁰ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública “Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación Pública, Editorial Universidad del Rosario, 2008, Bogotá, Pág. 550

Anticorrupción) y el Decreto-Ley 019 de 2012 y así mismo, recogió interpretaciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre contratación pública.¹⁸¹

Ahora bien, al revisar el Decreto 734 de 2012, corresponde analizar las novedades o cambios que incluye en materia de sobrepuestos; encontrando al respecto muy pocos cambios sustanciales frente a la normatividad anterior, solamente se observa en cuanto a la fijación del precio del contrato mediante el mecanismo de subasta inversa la novedad de otorgarle la facultad a la entidad de adelantar una negociación obligatoria del precio con el único proponente habilitado, con el objeto que en aplicación de los principios de economía y transparencia, la entidad obtenga un menor precio de la oferta inicialmente presentada por parte del único habilitado, cuyo rango de mejora no podrá ser inferior al descuento mínimo indicado en el pliego.¹⁸² Situación que vendría a redundar en la obtención de ventajas de descuentos para lograr una oferta más favorable a los intereses de la entidad y que de cierta manera puede ayudar a celebrar el contrato requerido en condiciones de competitividad frente al mercado.

Las demás normas que hemos venido tratando y que hacen alusión al tema del sobrepuesto, se mantienen iguales en su contenido y fueron compiladas en el Decreto mencionado en las mismas condiciones que hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo de investigación.

2.3.5. El sobrepuesto en la jurisprudencia

Al revisar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se puede concluir que existen pocos fallos que se pronuncien específicamente acerca del sobrepuesto en los contratos estatales, pues al igual que la doctrina, se ha tratado el tema del precio, desde el punto de vista de la figura del equilibrio financiero y económico del contrato y la revisión de precios, pero muy poco se ha escrito acerca del fenómeno del sobrepuesto; sin embargo, encontramos dos sentencias que abordan el sobrepuesto de la siguiente manera:

La primera de las sentencias ¹⁸³ aborda el tema en cuestión, concluyendo que cuando la entidad estatal se encuentre en la etapa de evaluación de ofertas dentro de un proceso de

¹⁸¹ www.ambitojuridico.com/Legis.articulo “Gobierno explica principales cambios en Contratación Pública”. 20 de abril de 2012.

¹⁸² Parágrafo 1º del Artículo 3.2.1.1.5. del Decreto 734 de 2012.

¹⁸³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia No. 17783 del 4 de junio de 2008, Consejero ponente: Miriam Guerrero de Escobar. “...*Resulta perfectamente posible que las entidades públicas al momento de hacer los cotejos de que trata la norma, encuentren que alguna (s) de las ofertas presentadas, contengan precios que se alejan sustancialmente, por encima o por debajo de los oficiales que rigen en el mercado, momento en el cual -no obstante encontrarse habilitadas y en la fase final de comparación, ponderación y calificación de las ofertas-, la Administración está facultada, con fundamento en la norma, para descalificar alguna (s) de ella (s) por presentar desfases significativos en el precio, sin que tal decisión sea lesiva del ordenamiento jurídico o de los principios que orientan la actividad contractual. En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos por causales previstas en la ley; hipótesis bajo la cual, la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general. Independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia....Ha quedado establecido que: i) las causales de rechazo de*

selección y observe que alguna de las ofertas presentadas contenga precios muy por encima o muy por debajo de los precios del mercado, tiene la facultad de descalificar o rechazar esta propuesta, sin que con ello contravenga el ordenamiento jurídico o los principios que orientan la actividad contractual.

Lo anterior encuentra su fundamento en que la norma de contratación ha establecido que la administración tiene el deber legal de comparar las ofertas consultando los precios del mercado; por lo tanto, es perfectamente viable que la entidad pueda rechazar el ofrecimiento que contenga precios que se alejen sustancialmente de los precios que rigen el mercado, sin importar que se encuentren en la fase final de comparación, ponderación y calificación de las ofertas ampliando así las posibilidades de la entidad para evitar la adjudicación y/o celebración de un contrato con sobreprecios.

Por su parte, la segunda sentencia¹⁸⁴ aborda el tema del sobreprecio al utilizar el mecanismo del reajuste de precios indicando que cuando el contratista haga uso de éste

la oferta deben estar contenidas en la Ley; ii) la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de ofertas no puede ser esgrimido como causal de rechazo de los ofrecimientos hechos; iii) la Administración está en el deber legal de comparar las ofertas consultando los precios del mercado y iv) los contratistas son responsables por presentar propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas. Los presupuestos anteriores permiten arribar a la conclusión de que la Administración está facultada para descalificar o rechazar las ofertas, entre otros eventos: Cuando los ofrecimientos hechos, cotejados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, circunstancia que puede llevar a la Administración a afrontar inconvenientes por futuras reclamaciones del contratista y en el peor de los casos a la inejecución del proyecto por imposibilidad de ejecutarlo con el presupuesto ofrecido. Al respecto debe precisarse, que no obstante que el precio de la oferta es un factor importante en la evaluación de los ofrecimientos hechos, no es el único, como tampoco puede admitirse que siempre la oferta del menor valor es la más conveniente a los intereses y finalidades que busca la Administración. También se procederá al rechazo de la oferta en aquellos eventos expresamente consagrados en el pliego de condiciones siempre que éste no contraríe la ley”.

¹⁸⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia No. 15162 del 16 de agosto 2006, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. “El reajuste de precios fue adoptado por la legislación colombiana como una medida para restablecer el equilibrio financiero del contrato, que pudiere verse afectado por las fluctuaciones en los precios de los elementos requeridos para la ejecución de las obras, debido al fenómeno inflacionario de la economía o a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, dado el carácter de contratos de tracto sucesivo que en la mayoría de casos tienen un extenso plazo y por lo tanto, resulta poco probable que el valor pactado en el contrato resulte finalmente igual al valor definitivo de la obra.....Según se dejó explicado y siguiendo las precisas orientaciones que al respecto consignó el legislador en el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 -sin que la referencia a esa disposición implique, en modo alguno, su aplicación en forma retroactiva dentro del caso que aquí se estudia-, para la Sala la finalidad del equilibrio financiero del contrato no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, la equivalencia de las condiciones económicas, técnicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentación de la oferta que, precisamente, contiene las bases sobre las cuales se concluyó el correspondiente negocio jurídico y que fue estructurada de acuerdo con las circunstancias y condiciones que en su momento conoció y tuvo a su alcance el proponente -cuando el contrato está precedido del procedimiento de la licitación-, o al momento de contratar -cuando la contratación se hace de forma directa, esto es sin agotar el citado procedimiento de selección-. **Aplicando esta lógica al mecanismo del reajuste de los precios del contrato, resulta evidente que los precios calculados por el contratista no pueden ser otros que aquellos que presentó con su propuesta, porque fue en ese momento cuando hizo sus cálculos, tomando como base los precios del mercado de ese entonces que eran los que podía conocer y no los que regirían posteriormente al momento de la adjudicación del contrato, como lo ha reflejado la entidad demandada en el acta de liquidación final, por cuanto no**

mecanismo, sus cálculos no pueden ser otros que aquellos que presentó con su propuesta, pues se supone ésta fue hecha con base en los precios del mercado de ese entonces y no los que regirían posteriormente al momento de la adjudicación del contrato, por cuanto no resulta factible que los precios ofertados fueren estimados con índices de precios futuros que para ese momento todavía no eran de público conocimiento.

En consecuencia, vemos como a través de este fallo se resalta la importancia que debe tener para los contratistas ajustar sus propuestas a los precios del mercado, pues al momento de pedir una revisión o reajuste de precios, lo que la entidad estatal va a tener en cuenta es los precios ofertados, que deben ajustarse a los precios y condiciones del mercado, pues de lo contrario, dicha revisión no prosperaría y además se entraría a analizar una posible suspensión o nulidad del contrato porque sus precios no están ajustados a los precios del mercado.

Por otra parte encontramos que la justicia arbitral¹⁸⁵ da un paso al frente en cuanto a la declaratoria de nulidad de un contrato con sobreprecios, al probarse la ocurrencia de

resulta factible que los precios ofertados fueren estimados con índices de precios futuros que para ese momento todavía no eran de público conocimiento” (Negrilla fuera de texto)

¹⁸⁵ **Tramite Arbitral de Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. (AIA S.A.), y consultoría colombiana s.a. (CONCOL) para solucionar las diferencias surgidas con Metroplus S.A. contrato 076/2006, Árbitros. REYES RODRÍGUEZ, Carmen Elvira, DE LA ESPRIELLA ALDANA, Carlos Miguel y MORALES DE BARRIOS Maria Cristina (Salvamento parcial de voto). Confirmado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Rad. 39.982, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, 6/09/11.**

“La conmutatividad u obligación de pactar precios de mercado es un principio fundamental de la contratación estatal establecida en varias disposiciones del estatuto de la contratación estatal y en otras normas del derecho público de la nación.

En efecto los artículos 3, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993 en conjunción con normas relativas a la responsabilidad fiscal y penal, establecen este deber de respetar este mandato de la conmutatividad tanto para los contratistas como para los contratantes.

Como puede observarse la ley establece claramente que es conducta irregular, es decir, contraria a derecho, el contratar con sobrecostos.

El contratar a precios de acuerdo a los precios de mercado o respetando la conmutatividad es, en consecuencia, un principio fundamental de orden legal.

La violación del principio de la conmutatividad no es posible subsanarlo de ninguna manera la conducta de las partes, sea ella errónea o no. Las normas de orden público no pueden ser modificadas por los contratantes.

Ahora bien el Artículo 1523 del Código Civil dice que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

En consecuencia, y de acuerdo a lo expuesto, no se permiten en los contratos estatales, cláusulas que contengan precios que estén por encima de los precios del mercado. Las cláusulas que contengan sobreprecios son nulas absolutamente por objeto ilícito, y en consecuencia, los pagos derivados de esas cláusulas nulas, también son nulos. Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, numerales 2 y 3.

La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio según el artículo 45 del estatuto de contratación estatal y de igual manera lo establece el Código Civil.

sobrepuestos y por consiguiente, la violación del principio de conmutatividad consagrado en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, encontramos un fallo pionero en Colombia, respecto a los contratos con sobrepuestos, al establecer claramente que en caso de comprobarse la celebración o ejecución de un contrato con sobrepuestos, procede la nulidad absoluta del contrato o de los ítems contratados con sobrepuestos, cuando se trate de contrato de obra a precio unitario. Dicho fallo representa un progreso de grandes magnitudes frente a este tema, pues deja de lado la incertidumbre que existe frente a la procedencia de la nulidad absoluta en el contrato estatal que adolezca de sobrepuestos. Sin embargo, aún existe un largo camino por recorrer y esperamos que existan más fallos y sentencias que consoliden estos postulados y que sirvan de base para las modificaciones legislativas que se desprenden del presente trabajo.

En consecuencia, podemos concluir que el tratamiento del tema del sobrepuesto y las intenciones de contrarrestarlo han venido tomando fuerza en todos los niveles que involucran la contratación estatal, llámese entidades públicas, entes de control, legisladores, jueces, etc., quienes han coincidido en que los sobrepuestos o sobrecostos en los contratos estatales constituyen uno de los eventos de corrupción que más se presentan y que repercuten mayor gravedad en cuanto al detrimento del patrimonio público, por ello en este último Estatuto Anticorrupción puede observarse la inclusión de normas específicas cuyo fin principal es tratar de que haya mecanismos específicos que ayuden a establecer la ocurrencia de sobrepuestos y además que los funcionarios, contratistas, interventores y terceros involucrados en la ocurrencia de los mismos respondan de manera efectiva por los perjuicios ocasionados al erario público.

2.4. El sobrepuesto en contratos estatales a la luz del derecho comparado

A nivel mundial se ha vislumbrado que los procesos de globalización e integración suponen una necesidad imperiosa de poner a los países en competencia con las condiciones que se ofrecen a nivel de los mercados de bienes y servicios que se verifican a nivel internacional. Por lo anterior, un proceso de adquisiciones públicas eficiente juega un papel fundamental en la determinación de la competitividad a dicho nivel.¹⁸⁶

En efecto, la nulidad del contrato proveniente de la violación de la ley tiene carácter de nulidad absoluta que debe decretarse de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, en conformidad con el artículo 1742 del Código Civil.

En consecuencia El TRIBUNAL de oficio declarará la nulidad absoluta de las cláusulas del contrato con ítem cero y en consecuencia los pagos efectuados con base en los precios ofertados por el contratista para dichos ítems ”.

¹⁸⁶ AVILÉS OJEDA, Luis Gualberto, “Análisis de la Corrupción en la Adquisición y Contratación del Estado Peruano”. Lima (Perú) 2007, Pág. 4.

Es así como, en la mayoría de los países se percibe que a través de las regulaciones se coacciona a las entidades públicas en nombre del control y la moral, limitando la creatividad y la iniciativa, estableciéndose una burocracia rígida aunada a un control interno y externo que presume la deshonestidad.

Esa situación ha conducido a un proceso de adquisiciones estatales lento, basada en la desconfianza al funcionario, que redundan en una inadecuada información y transparencia de los precios, de las características de los bienes y servicios adquiridos por el estado y de la reducción del libre acceso de los proveedores y la calidad de las ofertas. En forma paralela la gestión pública se desarrolla sin una planificación de la función de compras, en la mayoría de los casos con la inexistencia de una programación general que de celeridad a los pagos y reduzca los sobrepagos, con controles internos inadecuados o inexistentes.¹⁸⁷

Por ello muchos organismos internacionales han mostrado su preocupación frente al tema, trabajando sobre aspectos de interés común, tales como: principios de eficiencia, eficacia, acceso justo y transparencia en la contratación pública, capacitación y especialización en materia de compras públicas, satisfacción de demandas sociales, mejoramiento de los procesos de gestión pública, prevención de la corrupción, optimización del gasto público y ejercicio efectivo del control social.¹⁸⁸

En consecuencia, varios países han tratado de adoptar algunos mecanismos para evitar la configuración de sobrepagos, veamos como:

2.4.1. América

Países como los Estados Unidos de América, Canadá, Brasil, Chile, Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Perú y Trinidad y Tobago, definen y regulan en su estatuto o ley de contratación estatal los contratos de compra y suministro de bienes y crean organismos especializados para su manejo.

Así también, sucede en otros países como Argentina, con la regulación contractual contenida en el Decreto 436 de 2000 o los proyectos que actualmente se discuten en el seno de las cámaras legislativas de éste país¹⁸⁹, y Chile¹⁹⁰, los cuales insisten en conservar o mantener regulaciones con fuerza de ley suficientes sobre tales tipos de contratos,

¹⁸⁷ Octava Conferencia Internacional Anticorrupción. La Corrupción en los Procesos de Adquisiciones del Estado. Adquisiciones Públicas y Reforma del Estado. Cobas Eduardo. Secretario Ejecutivo del Comité Ejecutivo para la Reforma del estado (CEPRE) y Presidente de la Comisión Sectorial de la Reforma del Estado de la Presidencia de la R.O. del Uruguay.

¹⁸⁸ Organización Interamericana de Instituciones de Contratación Pública (OIICP), El 23 de junio de 2006, los representantes de las instituciones e instancias responsables en el área de contrataciones de 11 países aprobaron el texto de la Carta Constitutiva de la OIICP.

¹⁸⁹ Véase, Anteproyecto de Ley de Contrataciones, versión febrero de 2001.

¹⁹⁰ Véase, Banco Interamericano de Desarrollo. Legislación, Reglamentos y Procedimientos Nacionales de Compras del Sector Público en las Américas. Washington D.C., febrero de 1998.

implementando en sus legislaciones sistemas de compras públicas unificados que se manejan por un ente creado y especializado para manejar las compras y suministros que pretenden llevar a cabo las entidades estatales.

Por su parte, en Argentina han ido más allá al consagrar una figura llamada “lesión”, que se caracteriza porque en principio a todo contrato oneroso, incluidos los aleatorios, particularmente los celebrados en condiciones manifiestamente desventajosas para el Estado y la sociedad, en épocas de estado de necesidad pública como fueron los años 1989/91, puede resultar aplicable el principio de la lesión.¹⁹¹ Este instituto aplicable tanto al derecho privado como público, sanciona la “ventaja proporcional evidentemente desproporcionada y sin justificación” que obtenga una de las partes merced a “la necesidad, ligereza o inexperiencia” del otro, lo que se presume *juris tamtum* cuando existe una “notable desproporción de las prestaciones”, a tenor del artículo 954 del Código Civil Argentino. La lesión que en sus orígenes se relacionó con el delito de usura, queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva.¹⁹²

Así mismo, se ha establecido en el ordenamiento argentino, que la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años y la de la lesión de cinco años, y además se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el poder judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia.¹⁹³ Esto ratifica como dicha legislación, a diferencia de la nuestra, establece dentro de su ordenamiento la rescisión por lesión enorme en los contratos estatales cuando existe una “*ventaja proporcional evidentemente desproporcionada y sin justificación*”.

De esta manera, mientras que en nuestro ordenamiento, la lesión enorme está tipificada sólo para los contratos de compraventa de bienes inmuebles y en algunos contratos de representación judicial, en el derecho argentino se muestra un avance claro frente a éstas circunstancias.

En México, encontramos que el Código Mexicano de 1928¹⁹⁴ fue el primero en asimilar en cuanto a la lesión enorme, la fórmula germana incorporando como elementos subjetivos la explotación de uno de los contratantes de los estados de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro. Por tanto, la explotación, debía dar lugar a un lucro excesivo evidentemente desproporcionado, así mismo, en este país existe de manera especial la Ley de Compras de 1990, la cual tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de

¹⁹¹ BORDA Guillermo A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1966, Pág. 63

¹⁹² Figura establecida en el Código Civil Argentino, mediante reforma introducida en la Ley 17.711, en su artículo 954, el cual incorpora un criterio subjetivo basado en la necesidad, ligereza o inexperiencia de un contratante que es explotado por otro, para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación.

¹⁹³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición Colombiana, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, Bogotá, Págs. 34-36.

¹⁹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “La lesión”, en revista *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 37, Pág. 165.

adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza que realicen todas las entidades que integran la estructura del estado, cualquiera que sea su ubicación y régimen jurídico, lo mismo que la ley de adquisiciones para el Distrito Federal Expedida en 1998.¹⁹⁵

En el Ecuador existe control previo por parte de la Contraloría, para revisar y como consecuencia frenar los contratos que pueden ser lesivos¹⁹⁶ para el Estado, es decir, el Contralor General del Estado debe pronunciarse sobre los términos técnicos del contrato (Precio, plazo, multas, etc.). Dichos informes son necesarios para frenar los contratos que son lesivos al Estado.¹⁹⁷ Entendiéndose dentro de los contratos lesivos aquello que contengan sobreprecios.

Entre tanto en el Perú, la aplicación de la lesión enorme se amplía a todos los contratos, inclusive los aleatorios, siempre que la desproporción se produzca por causas extrañas al riesgo propio de ellos.¹⁹⁸

Sigue el mismo punto de vista el Código Civil Boliviano¹⁹⁹ en su artículo 562 inciso 2, con la diferencia de excluir del régimen de la lesión a los contratos aleatorios.

No obstante, la existencia en nuestro país del SICE en su momento y la inclusión en la Ley 1150 de 2007, de los mecanismos de subasta inversa, acuerdos marco de precios y transacciones en bolsas de productos, suponen mecanismos para contratar con los precios más bajos del mercado.

Sin embargo, se ha concluido que mediante dichos mecanismos se han creado espacios suficientes para que se concentre dramáticamente la adquisición de bienes en unos pocos, se presente colusión entre actores públicos y privados y se haya prácticamente eliminado la competencia e impedido que a otros actores les llegue la información para participar activamente en los procesos de contratación, todo lo cual se refleja en un aumento significativo de los precios.²⁰⁰

¹⁹⁵ IBAÑEZ NAJAR Jorge Enrique, “Las Compras de las Entidades Estatales los contratos de compraventa y de suministro: dificultades, costos y soluciones. Debe existir o no una central de compras estatales?” - Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” Tomo I, Departamento Nacional de Planeación, 2002, Pág. 119.

¹⁹⁶ “Un contrato es lesivo cuando es injusto para una de las partes, en el sentido que no obtiene las ventajas correspondientes a la prestación que efectúa” en Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte segunda, vol. I. Ejea, Buenos Aires, 1960, Pág. 233.

¹⁹⁷ GAROFALO SALAZAR, Aurelio, *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*, *Op., Cit.*, 49 y 243p.

¹⁹⁸ Código Civil Peruano de 1984, artículo 1447: “La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad de apremio del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca, la desproporción por causas extrañas al riesgo de ellas”.

¹⁹⁹ BORDA Guillerme A., *Manual de Contratos*, *Op. Cit.*, Págs. 146-147.

²⁰⁰ IBAÑEZ NAJAR Jorge Enrique, “Las Compras de las Entidades Estatales los contratos de compraventa y de suministro: dificultades, costos y soluciones. Debe existir o no una central de compras estatales?” *Op. Cit.* 110.

Mientras tanto, en Colombia siguiendo el ejemplo de los países comentados, recientemente se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–201, con el cual se pretende mediante un organismo técnico especializado, impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública, preparar y suscribir los acuerdos marco de precios de precios y articular los partícipes de los procesos de compras y contratación pública, con el fin de optimizar los recursos del Estado y hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública para lograr mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

Esperamos entonces que se logren los objetivos planteados con la creación de este ente rector en materia de contratación pública, pues la experiencia en otros países que han creado este tipo de organismos, ha concluido en que el establecimiento de un adecuado sistema de compras y adquisiciones por parte de la administración pública conlleva un avance en la adquisición con absoluta transparencia en materia de precios y formas de pago en tiempo real de los bienes y servicios que demanda la organización estatal.²⁰²

Por su parte, al referirnos a la lesión enorme en Colombia encontramos que ésta no se aplica como en otros países, a todos o a la mayoría de los contratos sino solo a los que, de manera expresa, establezca la ley, tales como: compraventa de bienes inmuebles en materia civil y comercial o en el caso contemplado en el artículo 1264 del Código de Comercio que establece una modalidad especial de lesión enorme cuando ocurre una manifiesta desproporción en la remuneración pactada, restableciendo el equilibrio mediante el ejercicio de una demanda de reducción, debiendo el demandante acreditar que la remuneración usual para la clase de negocio encomendada es notoriamente inferior a la estipulada, o acreditando por medio de peritos la desproporción, a falta de remuneración usual.²⁰³ Entonces, puede entenderse que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, es que el abuso en el precio o la lesión enorme que un contratista le propina a otro al contratar está permitido legalmente para todos los contratos, salvo en los que de manera expresa esté prohibida.

El argumento de esta tesis es que debe primar el principio de la seguridad jurídica contemplada en el “Pactum sum Servanda” en contraposición a la equidad, la justicia y la compasión que debe reinar al negociar con necesitados, débiles o ignorantes.

En conclusión, se puede decir, que en la mayoría de los países que hemos mencionado en el presente capítulo, existe una preocupación por preservar y salvaguardar el patrimonio público y por ello es que el tema del sobreprecio, como fenómeno que incide en el desangre o merma de dicho patrimonio, ha hecho que se implementen figuras semejantes a la lesión enorme aplicables a todos los contratos del Estado o casi todos, que permiten recuperar los

²⁰¹ Decreto-Ley 4170 de 2011.

²⁰² IBAÑEZ NAJAR Jorge Enrique, “Las Compras de las Entidades Estatales los contratos de compraventa y de suministro: dificultades, costos y soluciones. Debe existir o no una central de compras estatales?” *Op, Cit.* 119-120

²⁰³ BONIVENTO, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Decima cuarta edición actualizada, Librería del profesional, 2000, Págs. 533-534.

dineros perdidos, ya sea a través de la anulación o rescisión del contrato, o pidiendo el resarcimiento de perjuicios e incluso adaptando el contrato buscando el equilibrio que debe existir entre las prestaciones de las partes.

Mientras que en nuestro país, podemos decir, no se ha avanzado en la incorporación de una acción de lesión que permita atacar o dejar sin efectos un contrato con sobreprecios en cualquiera de las etapas contractuales; por lo tanto, se reitera es necesario adelantar las modificaciones legislativas del caso.

2.4.2. Europa:

La Unión Europea ha adoptado una serie de normas respecto a las adquisiciones públicas con disposiciones que permiten a las autoridades encargadas de los contratos excluir a empresas o compañías que exhiben comportamientos dolosos o aplican prácticas corruptas o fraudulentas, para aumentar la transparencia e iniciar la apertura de las adquisiciones públicas, garantizando un tratamiento no discriminatorio a los proveedores miembros de las Comunidades Europeas.²⁰⁴

Así las cosas, en la Unión Europea han cobrado vital importancia las connotaciones económicas y gerenciales de la contratación administrativa, en sus proyecciones sobre el funcionamiento eficiente de la economía de mercado. Desde este punto de vista, cobran particular importancia resultados tales como: la calidad de los productos y servicios adquiridos por la administración, es decir, puede llegar a sostenerse que el principal objetivo de las normas de contratación pública (en una perspectiva económica y gerencial) debería ser conseguir los mejores precios posibles, que no necesariamente son los más bajos, en las adquisiciones de la administración.

Este es el principio de buena administración, que se traduce en adquirir bienes y servicios al precio más económico posible, situándose este principio como criterio de habilitación legal a la administración para celebrar contratos, al nivel del respeto del ordenamiento jurídico general (principio de legalidad) y de la defensa del interés público. Por tanto, toda la normativa de contratos públicos en la Unión Europea consecuentemente está dirigida a velar por la protección del interés público y al cumplimiento del principio de legalidad, pero también a que la administración consiga los mejores precios.²⁰⁵

Dichos postulados se han visto plasmados en las normas de contratación pública, desde que se ordenara a la administración averiguar el precio de las cosas, hasta las menciones a la

²⁰⁴ El Funcionamiento de la Unión Europea – Guía del Ciudadano Sobre Las Instituciones de la Unión Europea, Publicado por Comunidad Europea, año 2003, P. 5. La UE fue establecida por todos los miembros de la Comunidad Europea (CE) el 1 de noviembre de 1993, cuando entró en vigor el Tratado de la Unión Europea (TUE). Se intensificaron los acuerdos aduaneros y sobre inmigración, relajando los controles fronterizos con el fin de permitir a los ciudadanos europeos una mayor libertad para vivir, trabajar o estudiar en cualquiera de los estados miembros.

²⁰⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “El Precio de los Contratos Públicos” *Op. cit.*, 894p.

mejor calidad precio consagrada en la Directiva 004/18/CE,²⁰⁶ del Parlamento Europeo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Vale la pena resaltar que a ésta y todas las Directivas deben sujetarse todos los países miembros de la Unión Europea, con las regulaciones nacionales propias de cada país.²⁰⁷

De igual manera, en el Derecho Europeo se prevén “centrales de compras” definidas como poderes adjudicadores que adquieren suministros o servicios destinados a otros poderes adjudicadores, o adjudican contratos públicos o celebran acuerdos marco destinados a otros poderes adjudicadores. Estas soluciones organizativas ponen de manifiesto una mayor especialización en la búsqueda de mejores precios y mejores productos para las adquisiciones de los entes públicos. Dejando así de considerar la contratación pública como una tarea indisoluble del resto de facultades de todo ente público y pudiendo atribuirse esta función a entidades u órganos específicamente diseñados para hacerlo mejor, consiguiendo se entiende precios más económicos.²⁰⁸

Ahora bien, en cuanto a las acciones que se pueden adelantar en un contrato con sobreprecios, para mitigar sus efectos, encontramos en el Código Europeo²⁰⁹ de los contratos, la figura de la lesión y de la rescisión del contrato, que se presenta cuando una de las partes abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de comprender y querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido.²¹⁰

Por su parte, en el Código Civil Suizo²¹¹, se instituyó la lesión para todo tipo de contratos, en los cuales se presente una desproporción, incorporando un criterio subjetivo que

²⁰⁶ Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.

²⁰⁷ Las Comunidades Europeas, fundadas en los años 50 del siglo XX, contaban originalmente con seis Estados fundadores. La Unión Europea (UE) es el resultado de la ampliación de contenidos de los antiguos tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de las sucesivas ampliaciones con la adhesión de nuevos Estados miembros. Por eso, ha crecido hasta los 27 miembros (Alemania, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Malta, Portugal, República Checa, Suecia, Austria, Bulgaria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia Francia, Holanda, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido y Rumania) y varios estados más han solicitado su adhesión o se espera que lo hagan en los próximos años (Croacia, Islandia, La Antigua República Yugoslava de Macedonia, Turquía). Ver en El Funcionamiento de la Unión Europea – Op. 34.

²⁰⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas, Atelier, Barcelona,2000,p.121

²⁰⁹ Artículo 30 numeral 3 del Código Europeo de los contratos.

²¹⁰ CARRANZA ÁLVAREZ, Cesar, “La lesión: Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú”, Universitas, Número 107, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2004, Pág. 300

²¹¹ Artículo 21 Código Civil Suizo: “En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y el objeto de la obligación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del término de un año, manifestar que

prestaba más atención a la explotación de uno de los contratantes que a la necesidad, ligereza o inexperiencia del otro, otorgando la posibilidad a la parte lesionada de rescindir el contrato y repetir lo pagado.²¹²

De igual manera, en Alemania²¹³ se configura la nulidad al contrato cuando se comprueba que éste surge contrariando las buenas costumbres y aprovechándose de la ligereza o ignorancia del otro, para obtener ventajas económicas que excedan de manera desproporcionada lo que se promete o se da.²¹⁴

En efecto, el sistema alemán al igual que el suizo, no reduce la lesión únicamente a un matiz basado en la desproporcionalidad de las prestaciones, ni mucho menos a tasarlo en un porcentaje determinado, puesto que sumado a esto contempla elementos subjetivos, que determinarían el invocar o no la lesión en un contrato, tales como la necesidad, ligereza o inexperiencia de un contratante o y el aprovechamiento de estos estados por el otro.²¹⁵

Es decir, se castiga y limita en esos países al abusador o “el vivo” para que no se aproveche del débil o ignorante tanto en las relaciones entre particulares como la relaciones con el estado.

2.4.3. UNIDROIT

En los principios sobre contratos comerciales internacionales UNIDROIT (International Institute For the Unification of Private law),²¹⁶ se contempla una figura denominada “Principio de excesiva desproporción” que consiste en que de manera injustificada se presenta el abuso de una parte acerca de ciertas condiciones del otro contratante. Ello se denomina como “posición negociadora desigual” cuando existe el aprovechamiento de circunstancias de vulnerabilidad de la contraparte, tales como, condiciones de dependencia,

rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, en cuanto la lesión haya sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza, o de su inexperiencia. El término de un año se cuenta desde la conclusión del contrato”

²¹² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima Edición, Temis, Bogotá, 2005, Pág. 293

²¹³ Artículo 138 del Código Civil alemán: “*Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres; y especialmente lo es aquel por el cual, aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de inexperiencia de otro, alguien se hace prometer para sí o para un tercero, en cambio de una prestación o promesa, ventajas económicas que excedan de lo que se promete o se da, en forma tal que sea evidente la desproporción, atendidas las circunstancias”*

²¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Op., Cit, 294p.

²¹⁵ LARROZA SPOTA Osvaldo, “la lesión objetiva y subjetiva”, en Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel A., Contratos Teoría General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, Pág. 297.

²¹⁶ OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Aplicaciones de los Principios de Unidroit a los Contratos Comerciales Internacionales - Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, son un conjunto de reglas sugeridas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, que representan una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999. Se abordan algunos aspectos generales de los principios, en un análisis que se construye a partir de los conceptos desarrollados por laudos y sentencias arbitrales internacionales, además de la consulta de doctrina especializada sobre el tema.”

aflicción económica o necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación.

Dicha excesiva desproporción aplica para cualquier contrato comercial, sobre cualquier tipo de bienes. Frente a ello, los principios de UNIDROIT²¹⁷ permiten que las partes propongan formulas de restablecimiento de condiciones equitativas dentro del contrato, y en el evento en que no sea posible llegar a un acuerdo, el juez decide lo que más convenga, que puede ser adaptar el contrato según criterios comerciales o anularlo y de igual manera, contemplan la obligación de indemnizar perjuicios a cargo de quien conoció o debía haber conocido la causa de anulación.²¹⁸

Lo anterior indica que en materia de contratos comerciales celebrados por los países miembros adherentes a UNIDROIT se ha abierto la posibilidad de que sin importar el tipo de contrato, cuando se presente una desventaja o desproporción en la compra o venta de un bien o servicio, se pueda incoar una acción que permita anular o rescindir el contrato, es decir, volver las cosas al estado anterior, o bien pedir el resarcimiento de perjuicios e incluso adaptar el contrato buscando el equilibrio que debe existir entre las prestaciones de las partes.

2.5. Ocurrencia del sobreprecio a través de la fijación de ítems no previstos y/o modificaciones al contrato vía adición del mismo.

Al continuar con nuestro estudio del sobreprecios encontramos que los riesgos de la ocurrencia de éste fenómeno no solamente se agotan con la etapa precontractual de selección objetiva del contratista; sino que también se presentan durante la etapa de ejecución múltiples oportunidades para continuar con el uso de prácticas desviadas o concretar algunas originadas en el proceso de formación del contrato. Veamos cómo podrían en un momento dado configurarse sobreprecios en la ejecución del contrato.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 en el Parágrafo del artículo 40²¹⁹ establece que los contratos podrán adicionarse hasta en un 50% del valor inicial del contrato.

²¹⁷ En página Web de la Haya: <http://www.hcch.net>. “*Son Estados miembros de Unidroit: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chipre, Chile, China, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Lاتفيا, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, Republica de Corea, República Checa, Rumania, Serbia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay y Venezuela. Colombia está en estado de adhesión al convenio, es decir que aún no es miembro porque el convenio aún no está en vigor para el Estado Colombiano*”.

²¹⁸ PÉREZ. Yaneth. Tesis sobre el Análisis Económico de los Vicios del Consentimiento en el Régimen Colombiano y en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT, Universidad de la Sabana, 2007, 185-185 y 189 p.

²¹⁹ Parágrafo del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993: No podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Por su parte, el Consejo de Estado²²⁰ ha señalado que la adición del contrato es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presenten cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer, en consecuencia, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.

En consecuencia, la herramienta de la adición de contratos es perfectamente viable pues le permite a la administración garantizar unos de los fines de la contratación estatal, la continua y eficiente prestación del servicio.

No obstante, algunas entidades públicas suelen sostener la tesis jurídica de que todo contrato necesariamente va acompañado de una adición a sus precios, situación falsa, pues la adición a los precios del contrato tan sólo es posible cuando se deban actualizar o revisar en virtud de los fenómenos que doctrinal y legalmente pueden producir una ruptura en el equilibrio financiero o económico del contrato. De no darse estas condiciones el contratista debe mantener y respetar los precios propuestos; por tanto, constituye una falacia jurídica la idea de que los precios se adicionan, sencillamente, porque sí, o porque fueron incorporados en el texto del contrato fórmulas de actualización, es decir, si la administración adiciona o actualiza precios sin que se hayan dado razones económicas ciertas y verificables sobre alteración de precios, eventualmente actuará con ello en desconocimiento de un requisito legal esencial del contrato, cual es el del respeto al principio del equilibrio económico y atentará contra el patrimonio público, posiblemente incursionando en los senderos del peculado.²²¹

Precisando este punto podemos decir que el sobreprecio puede ocasionarse mediante adiciones al contrato, cuando el contrato se adjudica y se suscribe con un precio fijo o estimado del contrato, dándose en el curso de su ejecución la inclusión de ítems no previstos inicialmente, que pueden terminar aumentando, y aún multiplicando, el precio final del contrato. De esta manera, en las renegociaciones entre la administración y los contratistas por fijación de ítems no previstos o en las diferentes necesidades de adición de los contratos, puede presentarse un aumento desmedido del valor del contrato inicial, ya que dichas adiciones no están sujetas a las mismas exigencias de publicidad y competencia

²²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de agosto de 1998, C.P.: Cesar Hoyos Salazar, Exp. 1121, en Banco de datos jurídicos, cit.: “Adición de contratos. Adición significa acción y efecto de añadir o agregar”, y adicional es lo que se suma o añade a alguna cosa. La Ley 80 de 1993 dispuso en el inciso 2º del párrafo del artículo lo siguiente: “*Los contratos que celebren las entidades estatales no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales*”. La institución del contrato adicional estuvo consignada en los anteriores estatutos de contratación. En efecto, en el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 y en el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976.

²²¹ SANTOFIMIO G., Delitos de la celebración indebida de contratos, *Op. Cit.* 227 p.

que los contratos iniciales, ni a la elaboración de un nuevo estudio de precios y condiciones del mercado, por cuanto éste se exige únicamente en la etapa precontractual de selección del contratista. Por ende, el contrato que se celebró termina siendo muy diferente al que se ejecutó y sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento de selección en igualdad de condiciones y con todas las garantías exigidas por la ley para contratar.²²²

Lo anterior se realiza por un acto discrecional de la administración fuera de los procesos típicos de la licitación, de las exigencias de selección mediante licitación y sin la observancia de los principios de transparencia y economía, de esta manera una vez celebrado el contrato y con la anuencia de los servidores públicos encargados, los precios de los bienes pueden incrementarse sin mayor control. Con ello, se garantiza además la adjudicación del contrato, ya que un proponente que esté convencido de la futura adición de un contrato podrá presentar una oferta inicial más baja violando con ello el principio de la igualdad de condiciones de los participantes.²²³

Para explicar mejor esta situación, podemos decir que ello ocurre cuando el contrato se adjudica ciertamente a quien ha hecho la oferta más barata (y así se evitan las sospechas); pero por casualidad o maravilla en el curso de su ejecución se van introduciendo “modificaciones” que terminan aumentando, el precio final del contrato, por ejemplo, el presupuesto inicial de un contrato se estima en doscientos cincuenta millones de pesos y al terminar hubo que liquidar el contrato en quinientos millones de pesos, sin mayores justificaciones y sin mediar estudio de condiciones y precios del mercado. De hecho es casi imposible encontrar un contrato que haya sido ejecutado de acuerdo con lo previsto en los términos originarios. Esto puede obedecer en algunos casos a la desidia o incompetencia de los técnicos administrativos que redactan el proyecto de pliego de condiciones o términos de referencia; o en otros a la aparición de circunstancias nuevas e imprevisibles; lo que sucede es que una vez se ha eliminado a la competencia, el contratista y la administración, previamente concertados, desfiguran por completo el contrato inicial a través de modificaciones que lo convierten en un negocio sustancioso.²²⁴

Otra modalidad parecida e igualmente arbitraria, consiste en la manipulación de los precios del contrato de manera tal que se ubiquen entre la mayor y la menor cuantía de la entidad, por supuesto dejándolos a unos pocos pasos de la mayor cuantía, cuando en realidad dichos bienes, servicios u objetos a contratar, si se analizan con cuidado y sin prevención alguna, darán lugar a la configuración de mayores cuantías y por ende al agotamiento de licitación pública para escoger a sus contratistas. Esta figura será objeto de reproche cuando la administración lo acompaña de adiciones durante la ejecución del contrato en su

²²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 de julio 18 de 2002. M.P. Susana Montes de Echeverri.

²²³ GÓMEZ LEE, Iván Darío, “*Contratación Visible – Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*”, *Op.*, Cit. 152-153p.

²²⁴ DOMÍNGUEZ – BERRUETA De Juan, Miguel, *La contratación Pública Tomo I*, “Sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Op.*, Cit. 165.

liquidación, a los precios inicialmente pactados, sin que se hayan producido circunstancias económicas que hayan alterado el equilibrio financiero o económico del contrato; es decir, en este caso se manipulan las razones verdaderas de cualquier adición, sin duda en muchos casos con el propósito de compensarle al contratista la rebaja artificial en el precio del contrato, que sirvió de fundamento para justificar la contratación directa.²²⁵

Las anteriores situaciones constituyen un fraude al principio de selección objetiva, pues tal y como lo hemos afirmado, la empresa adjudicataria presenta una oferta por debajo de los demás competidores y durante la ejecución del contrato va aumentando su valor hasta llegar al punto de llegar a ser comparativamente la más onerosa; pero además, los sobrecostos o sobrepuestos implican la pérdida de millonarias cantidades de dinero público, pagadas para que las empresas desembolsen sobornos y se apropien del valor restante.²²⁶

Al respecto, el Consejo de Estado²²⁷ ha insistido en que el precio del contrato debe precisarse inicialmente y determinarse de una manera adecuada, para que la posibilidad de modificación sea una excepción y no la regla general; pues es inaceptable que las partes puedan asignar a su antojo, casi que arbitrariamente cualquier valor al contrato estatal, para luego, por la vía de las adiciones, incrementarlo en proporciones inaceptables, siendo ésta una práctica contraria al espíritu del Estatuto de Contratación.

Esto es perfectamente posible, puesto que en nuestra legislación lo único que no se puede modificar en el contrato es el objeto del mismo; por lo tanto, las partes involucradas en la contratación tienen especial cuidado de no incluir dentro de dicho objeto, los trabajos a ejecutar dentro del contrato.

En consecuencia, esta situación se ha vuelto una práctica corrupta que implica cambiar las especificaciones del contrato y de esa manera burlar los procesos de selección, circunstancia que vendrá a favorecer tanto a los funcionarios públicos como a los contratistas involucrados en dicho acuerdo, pero que deviene en detrimento y afectación del patrimonio público de todos.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la falta de capacidad técnica en la planeación reseñada en estudios de Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe²²⁸, la Veeduría Distrital²²⁹ y Transparencia por Colombia²³⁰, es una de las principales causas que originan la necesidad de adicionar los contratos. Si bien en algunas obras no se tiene claridad sobre el verdadero valor del contrato hasta que no se ha iniciado el proceso de

²²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14061.

²²⁶ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública*, Op. Cit. 550p

²²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 1998, C.P.: Daniel Suárez Hernández, Exp. 11196.

²²⁸ Mapa de Riesgos Nacionales. Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes. 2002.

²²⁹ Veeduría Distrital. Mapa de Riesgos en la Contratación Directa.

²³⁰ Transparencia por Colombia. Informe índice de Transparencia Nacional 2007-2008.

construcción, no es menos cierto que este fenómeno se presenta en no pocas ocasiones como producto de la falta de capacidad y diligencia en los estudios previos y en el proceso de formación del contrato, esto cuando no resulta de una práctica deliberada y fraudulenta de adición de contratos con el único objeto de favorecer intereses particulares.²³¹

De igual manera, puede inferirse que los vacíos legales en esta materia han permitido que los corruptos dentro de la ejecución de los contratos alteren el precio de los mismos, adicionando el contrato o introduciéndole modificaciones a los precios sin consultar o tener en cuenta los precios y condiciones del mercado, dado que la ley no ha previsto la obligatoriedad de dicha consulta dentro de la ejecución del contrato; por tanto, dicha fuga ha generado enormes pérdidas y detrimento del patrimonio público, sin que hasta el momento se haya abordado el tema a profundidad por parte de los entes de control, el gobierno, ni el Congreso de la República.

CAPÍTULO III

POSIBLES ACCIONES PARA SUSPENDER O ANULAR UN CONTRATO CON SOBREPREGIOS EN EJECUCIÓN

3.1. Nulidad del contrato estatal por ocurrencia del sobreprecio

Según el artículo 13 de la Ley 80 de 1993: “*Los contratos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley*”. Por lo anterior, se entiende que en la contratación administrativa rigen los requisitos de consentimiento, objeto y causa lícitos que sobre la materia establecen los códigos civiles y comerciales, más las causales de nulidad consagradas en los artículos 44 y 46 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, a la luz del anterior marco jurídico es incuestionable que en todo contrato que celebre la administración se impone distinguir los requisitos que son indispensables para la formación del mismo, es decir, aquellos sin los cuales no existiría o generaría otro acto jurídico, entre los cuales están: a. Sujetos, b. Consentimiento, c. Objeto, d. Causa; e. Finalidad y forma, para determinar si hay nulidad absoluta o relativa en un contrato estatal.²³²

Ahora bien, al mirar las causales de nulidad de los contratos estatales, encontramos que la norma contractual no ofrece total claridad acerca de cuáles son las causales de nulidad a invocar cuando de sobreprecios se trata.

²³¹ GÓMEZ LEE, Iván Darío, “*Contratación Visible – Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*”, *Op.*, Cit. 154p.

²³² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia No. 4322 del 16 de febrero de 1998, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

Por lo tanto, una vez analizadas las normas comentadas podría deducirse que si en un contrato estatal se configuran sobrepuestos, ese contrato podría ser susceptible de ser declarado nulo absolutamente, por el acatamiento de la causal de objeto ilícito, al contravenir varias normas de carácter imperativo, tales como, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (derogado por la Ley 1150 de 2007) y establecido nuevamente en el artículo 5° numeral 2°²³³ de la Ley 1150 de 2007 y que consagra la obligación de hacer el cotejo de las propuestas presentadas dentro de un proceso con la consulta de los precios y condiciones del mercado y de los organismos consultores o asesores designados para ello.

Por lo tanto, si dentro de un contrato se configuran sobrepuestos y se deduce que su causa obedece a deficiencias o a la no consulta de las condiciones y precios del mercado; estaríamos ante un objeto ilícito del contrato por la violación de la norma comentada.

De igual manera, encontramos que la nulidad absoluta del contrato con sobrepuestos, también podría invocarse por la violación del ya citado artículo 28 de la Ley 80 de 1993 que consagra el principio de la conmutatividad, teniendo en cuenta que al configurarse sobrepuestos en un contrato estatal, se viola el equilibrio que debe existir entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.²³⁴

Así como también, podría pedirse la nulidad del contrato estatal invocando la teoría del objeto ilícito por evidente trasgresión del artículo 3° de la Ley 80 de 1993²³⁵ que se refiere a

²³³ **Artículo 5° Numeral 2° de la Ley 1150 de 2007. De la selección objetiva.** Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: **2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. Modificado por el Artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 que agrega lo siguientes:** En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: **a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.**

²³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 39.982 del 6 de septiembre de 2011., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. D-2268: Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio del interés general. Es por ello que el artículo 3o. de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: “*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*”.

la finalidad de los contratos estatales. Ello por cuanto los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes que el cumplimiento de los fines estatales, la eficiente y continua prestación de los servicios públicos y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionan contractualmente con la Administración que el contrato estatal no es tan solo fuente de utilidades, sino una forma para lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista con el estado colombiano.²³⁶

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado Social de Derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico. En esta dirección se reconoce para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general.²³⁷

Al respecto, la Corte Constitucional, hace énfasis en la consagración del principio y su correspondiente acatamiento estricto por parte de las autoridades y de los asociados que implica conflicto u oposición entre los intereses de la comunidad y de los particulares y es justo a partir de esta circunstancia que adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puede determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, la ejecución del mismo o su correspondiente liquidación. Por tanto, cualquier ruptura del interés general en el contrato a favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo.²³⁸

Lo anterior implica que el principal efecto del desconocimiento del principio rector y básico del interés general es la configuración de una situación de abuso de poder, que se traduce en la configuración de otra causal de nulidad, tal y como es el desvío de poder, que significa, desconocer el operador del derecho las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico administrativo respecto de las decisiones que le corresponde adoptar; por lo tanto, se configura un vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento

²³⁶ BENDECK OLIVELLA, Jorge. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, en Gaceta del Congreso, No. 75, 23 de septiembre de 1992: Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.

²³⁷ PAREJO LUCIANO, Alfonso. Manual de Derecho Administrativo, Vol. I, Barcelona, Edit. Ariel, 1998, P. 607.

²³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón: “En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando éste último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto, dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general”.

de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado de su fin legal.²³⁹

Así las cosas, el desvío de poder tiene efectos directos sobre la legalidad del contrato²⁴⁰, pues las autoridades no deben actuar con desvío o abuso de poder; por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el abuso o desvío de poder lleva a la configuración de nulidad absoluta del contrato, esto es, insubsanable, a través de actos o decisiones posteriores de la administración o de las partes relacionadas en el contrato.

De igual manera, al presentarse desconocimiento del interés general y desvío de poder también puede invocarse la causal segunda de nulidad absoluta de los contratos estatales, lo cual se traduce en que el contrato puede estar viciado porque se ha celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, pues todo actuar tendiente a desconocer dichos principios está sumido en situaciones prohibidas por el ordenamiento jurídico. Entonces, no cabe la menor duda que en tratándose de la defensa del interés general dentro del contrato estatal el legislador ha establecido la más severa sanción que puede recaer sobre un acto o negocio jurídico, como el de su nulidad absoluta.²⁴¹

Teniendo en cuenta lo anterior, los defensores²⁴² de esta tesis aducen que existen más garantías y mayor certeza jurídica si el tema se maneja bajo el amparo de la nulidad absoluta por violación del numeral 3 ibídem, en aras de preservar el interés público que debe perseguirse con todo contrato estatal, por tanto, el pacto abusivo de un precio excesivo injustificado, debería anularse invocando la causal de objeto ilícito y a su vez debe ser debatido y resuelto en sede judicial, como lo imponen las normas al respecto²⁴³.

No obstante, lo anterior nos lleva a preguntarnos mientras el juez declara la nulidad absoluta del contrato ***¿Qué puede hacer la entidad estatal al constatar que se celebró o se está ejecutando un contrato con sobreprecios? o frente a ello, ¿Qué acciones o mecanismos ha contemplado la ley para que la entidad estatal suspenda o cese los efectos inmediatos del contrato con sobreprecios?***

²³⁹ RIVERO Jean. Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 227 y 278.

²⁴⁰ Artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio.- 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

²⁴¹ SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. *Op., cit.* 98 p.

²⁴² DÁVILA VINUEZA, *Op. Cit.* 207p

²⁴³ Artículo 1742 del Código Civil. Obligación de declarar la nulidad absoluta. (Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Al respecto, se observa que el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993²⁴⁴ contempla la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordena su liquidación en el estado en que se encuentre por invocación de las causales de nulidad absoluta contempladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 ídem. Recuérdesse que en virtud de ella estarán viciados los contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. Sin embargo, para algunos autores²⁴⁵ existen ciertos reparos en esta solución por la peligrosidad que implica conferir a las entidades estatales un poder absoluto de terminación unilateral del contrato por la violación de cualquier norma jurídica, pues si bien es cierto que la trasgresión de normas puede engendrar la nulidad del contrato, debe ser el juez el que debe efectuar tal tipo de declaración; por ende, la atribución contenida en el artículo 45 que es de orden imperativo, tiene un carácter excepcionalísimo. Entonces, debe entenderse, que la orden de terminación no se refiere en *stricto sensu* a la violación de cualquier norma sino a eventos en que se celebren contratos expresamente prohibidos por la constitución o la ley, de manera análoga a como acontece en el derecho privado con una de las modalidades de objeto ilícito, denominada contrato prohibido (C.C. Art. 1523). Sería el caso, por ejemplo, del contrato que tuviere por objeto la enajenación de un bien de uso público.²⁴⁶

Según lo anterior, DÁVILA VINUEZA considera que debería hacerse una reforma a la ley de contratación, donde se defina este punto, acogiendo la segunda tesis enunciada.

En consecuencia, frente a los interrogantes planteados, a pesar de las diferentes interpretaciones que puedan suscitarse frente a la terminación unilateral comentada, vemos como la Ley 80 de 1993 brinda la posibilidad a la entidad estatal de dar por terminado el contrato que se celebre originando alguna de las causales consagradas en su artículo 44 y a su vez en las causales de nulidad absoluta del derecho común, lo cual para el caso que nos ocupa se traduce en la posibilidad de terminar unilateralmente un contrato con sobreprecios y liquidar en el estado en que se encuentre, por objeto ilícito, al contravenir normas de carácter imperativo; no obstante, con las restricciones comentadas.

Así las cosas, una vez se declare absolutamente nulo el contrato estatal por el juez, los efectos que se producen son los consagrados en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993²⁴⁷, en el

²⁴⁴ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo anterior, el jefe representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

²⁴⁵ DÁVILA VINUEZA, *Op. Cit.* 207p

²⁴⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, “Menos Pedagogía y Más Reformas” – Misión de Contratación: Hacia una Política para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” *Op. cit.*, 841 p.

²⁴⁷ Artículo 48 de la Ley 80 de 1993. De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

cual se establece que cuando se trate de un contrato de ejecución sucesiva deberá reconocerse y pagarse las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria; así como también, habrá lugar a dicho reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido, siempre y cuando dicho beneficio haya servido para satisfacer un interés público.

Así mismo, al tratar los efectos de la nulidad frente a terceros, debemos acudir al derecho común indicando que los efectos de la misma se extienden a aquellos que a su vez han celebrado contrato en relación con el objeto del que se ha declarado nulo, puesto que ha de referirse que los bienes transferidos nunca lo fueron real y jurídicamente y, por ende, tampoco tales terceros los adquirieron, por lo tanto, el tercero adquirente deja de ser titular del derecho correlativo a la obligación objeto del contrato invalidado, puesto que al volver las cosas al estado anterior, se entiende que el adquirente que a su vez los transfirió a ese tercero, dejó de tener el derecho a hacerlo, lo cual sitúa a ese tercero en el estado de poseedor.²⁴⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que si bien es cierto dentro de la legislación contractual, no existe una norma específica que consagre como causal de nulidad absoluta, para declarar nulo un contrato con sobreprecios, esto no quiere decir que las entidades estatales no puedan solicitar la nulidad del contrato con sobreprecios, pues precisamente el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y el derecho común contienen las causales que hemos mencionado y que dan cuenta de la existencia de varias causales que son violadas al contratar con sobreprecios; por ende, el mismo ordenamiento cuenta con valiosas herramientas que se pueden utilizar para dejar sin efectos un contrato con sobreprecios en ejecución.

3.2. Procedencia de la Lesión Enorme en caso de sobreprecios

Al estudiar la figura de la lesión enorme vemos que ésta se encuentra ligada a la idea de justicia en un acuerdo de voluntades celebrado por las partes, ello por cuanto un contrato no sólo implica la armonización de los más variados intereses particulares, sino además el objetivo que lo otorgado por una de las partes contratantes se encuentre en relación de equilibrio con lo recibido de su par. Entonces, cuando esto ocurra, el contrato habrá cumplido su finalidad de crear una relación jurídica patrimonial estructurada sobre la base de la correspondencia entre las prestaciones de las partes; diríamos entonces que nos encontramos frente a un contrato justo, pero cuando ello no ocurre, y las partes contratan en situaciones o circunstancias dispares, generando desproporciones indeseables en las prestaciones de ambas con el consecuente perjuicio para una de ellas, entonces, la situación cambia y, de contrato justo nos deslizamos hacia un acuerdo lesivo, y como no, injusto.²⁴⁹

²⁴⁸ FIERRO MÉNDEZ, Rafael, *Teoría General del Contrato*, *Op.*, Pág. 302-303.

²⁴⁹ CARRANZA ÁLVAREZ, Cesar, “La lesión: Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú”, *Universitas*, Número 107, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2004, Pág. 301

En ese sentido dicho acuerdo lesivo es lo que debería entenderse por lesión, la cual se ha definido como todo *“perjuicio económico que experimenta una de las partes al momento de celebrar un contrato, consistente en la desproporción evidente entre las prestaciones intercambiadas, determinada por una situación de inferioridad o desigualdad del otro”*.²⁵⁰

Sin embargo, es pertinente aclarar que no toda desproporción, da lugar a considerar abusivo o lesivo un contrato, pues el desnivel prestacional puede deberse al propio deseo de las partes que, en virtud a su poder negociador, lo decidieron en ese sentido.²⁵¹ Si esto es así, habría que decir entonces, que esta desproporción tendría que ser evidente, desmedida e injustificada, es decir, que no haya un motivo valedero para que una de las partes haya negociado con semejante pérdida.²⁵²

Por su parte, en Colombia la lesión enorme tiene ocurrencia cuando el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y para el comprador cuando el justo precio de la cosa es inferior a la mitad del precio que paga por ella.²⁵³

De lo anterior se infiere que la lesión enorme es una figura jurídica a la que puede recurrir un comprador o vendedor para exigir que se rescinda un contrato de compraventa, cuando el valor del contrato difiere desproporcionadamente del valor real.²⁵⁴

Sin embargo, para determinar la procedencia de ésta figura en materia civil se han establecido doctrinaria y jurisprudencialmente, algunos requisitos adicionales al precio lesivo, tales como: **a)** Que se trate de inmuebles; **b)** Que no se trate de ventas hechas por ministerio de la justicia;²⁵⁵ **c)** Que no se trate de un contrato aleatorio; **d)** Que no se haya renunciado después de celebrado el negocio; **e)** Que la acción no haya caducado; **f)** Que el bien no se haya perdido en poder del comprador.²⁵⁶

²⁵⁰ BORDA, Alejandro, “La lesión en el derecho argentino”, Jurista Editores, Lima, 2002, Págs. 145-146.

²⁵¹ JOSSERAND, Louis, Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado (teología jurídica), Editorial José M. Cajicá Jr., Puebla, 1946, Pág. 113.

²⁵² CIFUENTES, Santos, Elementos de derecho civil (parte general), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 360.

²⁵³ Artículo 1947 del Código Civil. Concepto de lesión enorme. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

²⁵⁴ Artículo 1946 del Código Civil. Rescisión por lesión enorme. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.

²⁵⁵ Artículo 1949 del Código Civil. Improcedencia de la acción rescisoria por lesión enorme. Artículo subrogado por el artículo 32 de la Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente: No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia.

²⁵⁶ Artículo 1951 del Código Civil. Improcedencia de la acción por pérdida o venta. Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato.

Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

Por su parte, el artículo 1264²⁵⁷ del Código de Comercio establece una modalidad especial de lesión enorme cuando ocurre una manifiesta desproporción en la remuneración pactada ya que la remuneración usual para la clase de negocio encomendada es notoriamente inferior a la estipulada.

En consecuencia, con la utilización de la lesión enorme se busca rescindir o anular el contrato y la reducción de los intereses en el mutuo y en la anticresis y del monto del valor de la cláusula penal.²⁵⁸

Al respecto, hay que precisar que la lesión enorme se sanciona como un acto de injusticia que rompe el equilibrio entre la cosa y el precio y que el contrato existe a pesar de la lesión enorme, mientras no se obtenga la declaratoria de la nulidad relativa o rescisión del contrato, cuya acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha de contrato.²⁵⁹

Ello conlleva que el contrato que implique lesión enorme pueda ser rescindido, esto es, anulado a petición de la parte interesada. Es rescindible porque el consentimiento estaba viciado; es decir, reside, a la vez, en la debilidad, la ignorancia o la necesidad de una de las partes con relación a la otra, y en el abuso cometido por ésta última que se aprovecha de la inferioridad de la otra para enriquecerse a sus expensas con su consentimiento.²⁶⁰

De igual manera, el vendedor no podrá pedir cosa alguna en razón de los deterioros que haya sufrido la cosa, excepto en cuanto el comprador se hubiere aprovechado de ellos,²⁶¹ así como tampoco el comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella.²⁶²

²⁵⁷ Artículo 1264 del Código de Comercio. El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos.

Cuando el mandato termine antes de la completa ejecución del encargo, el mandatario tendrá derecho a un honorario que se fijará tomado en cuenta el valor de los servicios prestados y la remuneración total del mandato. Si la remuneración pactada se halla en manifiesta desproporción, el mandante podrá demandar su reducción, probando que la remuneración usual para esa clase de servicios es notoriamente inferior a la estipulada o acreditando por medio de peritos la desproporción, a falta de remuneración usual. La reducción no podrá pedirse cuando la remuneración sea pactada o voluntariamente pagada después de la ejecución del mandato.

²⁵⁸ Artículo 1948 del Código Civil. Facultades del comprador y vendedor frente a la rescisión. El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

²⁵⁹ Artículo 1954 del Código Civil. Prescripción de la acción rescisoria.

²⁶⁰ Fierro Méndez, Rafael, Teoría General del Contrato, *OP, Cit.*, Págs. 361-381

²⁶¹ Artículo 1953 del Código Civil. No afectación de los derechos reales constituidos sobre la cosa objeto de restitución.

²⁶² Artículo 1952 del Código Civil. Deterioro de la cosa vendida.

La doctrina colombiana ha adoptado una posición muy particular, debido a que el legislador no ha comprendido la lesión dentro de los vicios del consentimiento; por lo tanto, no se toman en cuenta consideraciones subjetivas de los contratantes. En efecto, para determinar si existió o no lesión enorme se descarta todo criterio subjetivo; pues sólo interesa el desequilibrio, la diferencia en las prestaciones, sin reparar la necesidad del lesionado y la explotación del lesionante.²⁶³

Se puede concluir, que la norma limita el ejercicio de la lesión enorme, a contratos de compraventa de bienes inmuebles o en el contrato de mandato; lo que quiere decir, que para los demás contratos no opera ésta acción y por ende las entidades estatales tampoco podrían hacer uso de ella.

Esto nos lleva a analizar *¿Que tanta aplicación ha tenido la figura de la lesión enorme respecto a los contratos estatales?*

La respuesta rápida que se da sobre el tema es que la lesión enorme sí tiene aplicación en la contratación estatal y que por tanto, si la entidad estatal celebra una compraventa en la cual se presenten las condiciones previstas en el artículo 1947 del Código Civil, podrá ejercer la acción de rescisión contemplada en el artículo 1946 del mismo Código. Ello implica que cuando no se den las circunstancias previstas en el Código Civil, no procederá acción alguna, tal como ocurre en el derecho privado.

Entonces, si aplicáramos la misma teoría en las relaciones del Estado con los particulares, tendríamos que concluir que las adquisiciones que realicen las entidades públicas y que tengan por objeto bienes muebles o las negociaciones que tengan por objeto bienes inmuebles que no reúnan las condiciones señaladas, serían inobjetables de la misma manera que lo serían las negociaciones realizadas por particulares.²⁶⁴

Por ello considero urgente y vital retomar la acción de lesión sugerida dentro de los proyectos de reforma de la Ley 1150 de 2007 y así incorporar dentro de nuestro ordenamiento jurídico una acción de lesión que permita a la entidad cuando se compruebe la existencia de sobreprecios dentro de un contrato estatal, abstenerse de pagar el valor del contrato que exceda injustificadamente los precios del mercado o en los eventos en que la entidad ya hubiere efectuado pagos del precio lesivo, a través de esta acción también se pueda solicitar el reintegro del valor pagado en exceso, actualizando dicho valor a la fecha de ejecutoria de la decisión, y a su vez, en el evento en que la decisión judicial exprese que en el proceso pudo establecerse con claridad la actuación de mala fe del contratista, se

²⁶³ PARRA DE PINILLOS, Martha Sofía, PINILLOS DE OSPINA, Clara Isabel, La Lesión Enorme, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1990, Pág. 84.

²⁶⁴ BLANCO RESTREPO, José Vicente, “¿Tiene aplicación la lesión enorme en Colombia?” Marzo de 2007 – Publicado en [http: Contratación estatal en Colombia/](http://Contratación%20estatal%20en%20Colombia/).

ordene el reintegro pleno de lo dado o pagado por la entidad y la conservación, a favor de ésta y a título de sanción, de lo que hubiere recibido del contratista incurso en esa conducta.²⁶⁵

Con ésta se buscaría ampliar el margen de contratos a los cuales se pueda rescindir por lesión enorme y además ser indemnizados por los perjuicios que se ocasionen al contratar con sobrepuestos, puesto que la acción de lesión enorme contemplada en nuestra legislación no ofrece las suficientes soluciones requeridas en materia de sobrepuestos, dado su uso limitado para los contratos comentados, dejando por fuera de su aplicación la mayoría de los contratos que se celebran tanto a nivel público como privado.

3.3. Acciones populares

Tal y como lo hemos venido resaltando, la contratación estatal tiene por finalidad la satisfacción del interés público y de las necesidades colectivas, noción que le señala a los particulares que contratan con el Estado la obligación de contribuir en la consolidación de los fines del mismo; esta preocupación ha generado la implementación de diversos mecanismos jurídicos que pretenden evitar éstas prácticas que atentan contra el interés público; entre ellos, la acción popular se erige como medio de protección de los derechos colectivos.²⁶⁶

Dicha figura se encuentra definida en el artículo 2º de la Ley 472 de 1998²⁶⁷, como un medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos que busca evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Por su parte, dentro de los derechos e intereses colectivos se incluyen la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público²⁶⁸.

Al respecto se indica que la moralidad administrativa, es un concepto nuevo con fundamento constitucional, el cual no fue definido por el legislador cuando se aprobó la Ley 472 de 1998, por lo que se dejó a la interpretación abierta del legislador. De modo que ha sido tarea de la jurisprudencia interpretar la ley, a partir de casos concretos,

²⁶⁵ Proyecto de Ley 85 de Reforma a la Ley 80 de 1993.

²⁶⁶ SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, Delitos de la celebración indebida de contratos, *Op., Cit.* 92p.

²⁶⁷ Artículo 2º de la Ley 472 de 1998. Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

²⁶⁸ Artículo 4 de la Ley 472 de 1998. Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público.

definiendo los mismos conceptos en forma diferente. Luego, es el Consejo de Estado, quien ha venido dando pautas frente a este tema.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha conceptualizado que la moralidad administrativa se relaciona con el patrimonio público y se define como el derecho de la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo al orden jurídico imperante, de forma diligente y cuidadosa a la manera de un buen funcionario.²⁶⁹

También, se define la moralidad administrativa como el derecho colectivo a que los servidores públicos se ajusten a la Constitución Política y a las leyes que rigen las actuaciones de los funcionarios públicos.²⁷⁰

De igual manera, se ha definido el patrimonio público como la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, es decir, que engloba los diferentes recursos con que cuenta un estado y que sirven al cumplimiento de sus funciones según la legislación positiva.²⁷¹

Así las cosas, podemos decir, que entrándose de un contrato con sobreprecios, se afecta el patrimonio público y se atenta contra la moralidad pública, dado que al contratar con precios excesivos sin justificación o sobreprecios, se deja claro que los recursos invertidos por el Estado para esa contratación, no han sido administrados de manera honesta, eficiente, transparente y responsable, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y las normas presupuestales.²⁷²

Sin embargo, dadas las características de la acción popular, es pertinente analizar *¿Que tanto pueden servir las acciones populares para atacar la legalidad de un contrato cuyo contenido amenace o vulnere un derecho colectivo?*

Al respecto, en Colombia se han manejado dos tesis jurisprudenciales; la primera, adoptó como punto de partida la sentencia C-088 de 2000²⁷³ que otorgó la exequibilidad al artículo 40 de la Ley 472 de 1998, y en su parte motiva expresó que las acciones populares no podían constituir un juicio de controversias de tipo contractual, por cuanto aquellas tienen bien definidas las reglas que les corresponden conforme al estatuto contractual. Esta primera línea jurisprudencial, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control del contrato, por tratarse de un tópico de la acción contractual y de conocimiento del juez natural.

Mientras que la segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo. Entonces, la acción popular resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario, así, en aras de la debida protección de la moralidad administrativa y el

²⁶⁹ Consejo de Estado, Sección 4ª, Sentencia Rad: AP0039 del 1 de diciembre de 2007 y Sentencia Rad: AP055 del 1 de abril de 2002, M.P. Medina Roberto y M.P. Ortiz Barbosa, María Inés.

²⁷⁰ DAZA QUINTERO, Diana Marient, ALCANCE DE LAS ACCIONES POPULARES QUE PROTEGEN LA MORAL ADMINISTRATIVA, ESTUDIO DE VIABILIDAD EN EL CASO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2009.

²⁷¹ Consejo de Estado, Sección 4ª, Sentencia AP1059 del 02/10/31, M.P. Hoyos Ricardo.

²⁷² YOUNES, Diego, Curso Elemental de Derecho Administrativo, Cuarta edición, Pág. 32.

²⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, Rad: 2469.

patrimonio público resulta viable analizar la legalidad de un contrato y proceder a suspenderlo o anularlo invocando las causales de nulidad reservadas para el ejercicio de la acción contractual y, bajo ese supuesto la legitimidad de la acción recae en todo ciudadano.²⁷⁴

En la actualidad podemos decir, que tal discusión se ha superado en principio, como quiera que desde que asumió su conocimiento la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha guardado coherencia con la segunda tendencia, que le da el carácter de principal a la acción popular cuando se pretende la defensa de un derecho o interés colectivo, y su violación proviene del ejercicio de la contratación estatal; pues en este preciso caso la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado no depende de la ilegalidad del contrato, adicionalmente la potestad popular del juez que le confiere este tipo de acción permite examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que ésta sólo puede ser declarada oficiosamente al tiempo que resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.²⁷⁵

Por tanto, el debate actual se centra en la precisión de la vulneración a la moralidad administrativa en los contratos estatales, que en la práctica ha sido identificada dentro de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales contenidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, porque si bien las disposiciones legales que protegen el derecho colectivo a la moralidad administrativa no incluyen una causal expresa sobre violación o amenaza de derechos colectivos, el juez popular las ha enmarcado en los de objeto ilícito y desviación de poder.²⁷⁶

Precisamente, en cuanto al principio del interés general, tenemos que, la desviación de poder pretende evitar que el servidor público anteponga sus intereses personales o los de un tercero al interés general, volviendo así a la escena jurídica de la moralidad administrativa el concepto jurídico indeterminado de “interés general”, principio que se materializa en aspectos como la planeación, la proyección, la ejecución, la interventoría²⁷⁷, a él se suman otros como la buena fe que hace presumir la conducta de los servidores públicos o quien detenta el poder o función del Estado en procura efectiva del interés general y no de intereses individuales²⁷⁸.

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la acción popular como garantía del derecho colectivo a la moralidad administrativa faculta al juez para anular o suspender un contrato

²⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque, actor Jesús Orlando Mejía, Radicación No. 52001-23-31-000-2000-1059-01 (AP-518), “la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un *obiter dicta* o dicho al pasar y, por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal.”

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 20001 23-31-000-2001-0158801 (AP).

²⁷⁶ BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe, Acción popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos, 1ª edición, Bogotá, Legis, 2004.

²⁷⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Análisis de la Selección de Contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 542-545.

²⁷⁸ MATALLANA CAMACHO, Ernesto, Manual de Contratación de la Administración Pública, *Op. Cit.* 494p.

cuando éste viola tal derecho colectivo, lo que ha implicado en la práctica un fortalecimiento, a través de esta protección especial, a los principios tradicionales del derecho administrativo, el primero de ellos el interés general, cuando lo inmoral de la actuación surge de la prevalencia de apetitos personales, interés que al tiempo resulta contrario al bien común y a otros como servicio público o buena fe.²⁷⁹

Sin embargo, éste ejercicio jurídico ha acarreado serios interrogantes, no como podría pensarse por la labor de concreción, sino por las consecuencias en la forma en que el juez adopta la decisión, como por ejemplo, si el contrato controvertido por la vía de la acción popular es objeto de acción contractual en razón de demanda de nulidad absoluta, el juez popular estaría en tal evento limitado simplemente a la adopción de una medida provisional, como sería la suspensión del acto contractual o contrato, hasta tanto el juez de la acción contractual defina su nulidad o, por el contrario, debería declarar probada la causal; dado el carácter principal de la acción popular, y proceder, en consecuencia, a anular directamente tal contrato.²⁸⁰

Lo anterior implica que la acción popular puede en un momento dado servir como una alternativa viable para suspender o atacar la validez un contrato con sobrepuestos, pues con éste se amenaza o vulnera un derecho colectivo, como es la moralidad pública, que se ve mermada por la violación del principio de planeación, que redundaría en la protección del interés general que debe perseguirse en toda contratación estatal.

En consecuencia, la acción popular representa una esperanza para convertirse en un instrumento idóneo para suspender y anular un contrato. Sin embargo, por ser una acción principal independiente de la acción contractual podría verse abocada a diversas controversias e interpretaciones jurisprudenciales, quedando al arbitrio del juez la decisión de adoptar la acción popular como principal o subsidiaria, en cuanto a la sola suspensión del contrato o nulidad del mismo cuando de sobrepuestos se trate.

Como complemento de lo anterior, en el inciso segundo del artículo 40²⁸¹ de la Ley 472 de 1998, se establecía la responsabilidad patrimonial solidaria entre el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurrieran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso, cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación.

La justificación de que con las acciones populares pudiera perseguirse la recuperación de lo pagado en exceso, radica en que el precio en la contratación estatal se rige por principios especiales diferentes a los principios que rigen las relaciones entre los particulares.

²⁷⁹ SANTOFIMIO G., Delitos de la celebración indebida de contratos, *Op. cit.*, 96-97 p.

²⁸⁰ VILLAMIZAR SCHILLER, Eddy Alexandra, El derecho colectivo: Moralidad Administrativa en la Contratación Estatal, *Op., Cit.*, Págs. 174-205.

²⁸¹ Artículo 40 Inciso Segundo de la Ley 472 de 1998. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Pues, es de la esencia de los contratos estatales la aplicación de los principios de buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos estatales. Entonces, la previsión del ya comentado artículo 28 de la Ley 80 de 1993 no es un simple consejo sino un mandato imperativo, es decir, en los contratos estatales debe haber equivalencia entre prestaciones y derechos.²⁸²

Esta regla también encuentra soporte en los principios de economía, transparencia, buena fe y, sobre todo, en el principio de moralidad que rige la función administrativa de acuerdo con lo establecido en el artículo 209²⁸³ de la Constitución Nacional.

Es por ello que el legislador en aras de adoptar mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública había incluido en el inciso segundo en mención, referente tal y como se desprende de allí a la responsabilidad conjunta entre el representante legal de la entidad pública y del contratista, de responder con su patrimonio en forma solidaria con quienes dieron lugar a los sobrecostos o irregularidades en la contratación, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso por la entidad por él representada.²⁸⁴

Sin embargo, esta norma fue derogada por la Ley 1425 de 2010 en su artículo 1^o²⁸⁵, situación que en su momento alertó a muchos sectores preocupados por la impunidad frente a los dineros públicos malversados, pues esta norma era clave como lo habíamos mencionado para evitar que delegando la facultad de contratar, altos funcionarios buscaran eximirse de la responsabilidad de cuidar los dineros públicos a su cargo y a su vez que los contratistas involucrados pudieran responder y asumir en igual manera con el representante legal por los dineros malversados.

Se había dado entonces un retroceso de gran magnitud en lo concerniente a la recuperación del patrimonio público mal invertido.

Afortunadamente, el legislador corrige su anterior yerro, al establecer en el artículo 119²⁸⁶ del nuevo Estatuto Anticorrupción, la solidaridad, en los procesos de responsabilidad fiscal,

²⁸² BLANCO RESTREPO, José Vicente, “¿Tiene aplicación la lesión enorme en Colombia?” Marzo de 2007.

²⁸³ Artículo 209 de la C.P. La función administrativa esta 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.

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.

²⁸⁴ Corte Constitucional – Sentencia C-088/00, M.P. Fabio Morón Díaz, Exp. D - 2469 del dos de febrero de 2000.

²⁸⁵ Artículo 1o. Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998.

²⁸⁶ Artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo

acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, entre el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante, el contratista y las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Es por ello, que la acción popular se erige como una herramienta más que propende por la eficaz protección y recuperación del patrimonio público ante las situaciones que generen su desvío en las actuaciones de la administración pública.

3.4. Procedencia de la Tutela en caso de sobreprecios

La tutela es una figura conocida en otras constituciones, entre ellas la española, la mexicana y la argentina. Consiste en la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante procedimiento sumario, la protección de los derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública y procede cuando no se disponga de otro medio judicial de defensa.²⁸⁷

En Colombia, la acción de tutela es la garantía que ofrece la Constitución de 1991 que se refiere al derecho que tienen todas las personas a la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales.²⁸⁸

La acción de tutela se caracteriza principalmente por ser subsidiaria y residual, por cuanto solo es posible hacer uso de ella cuando el afectado no disponga de otros mecanismos adecuados de defensa judicial, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y para evitar un perjuicio irremediable. Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello sea necesario para la definición del derecho controvertido, pues en la misma no se define el fondo del asunto.²⁸⁹

De igual manera, es inmediata, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso aplicar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenazas.²⁹⁰

organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

²⁸⁷ YOUNES MORENO, Diego, Derecho Constitucional Colombiano, Decima Edición - Grupo Editorial Ibáñez, Decima Edición Actualizada, Bogotá, 2009, Pág. 198.

²⁸⁸ Artículo 86 de la C.P. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

²⁸⁹ Gaceta Constitucional No. 77, mayo 20 de 1991, Págs. 9 y 10

²⁹⁰ Sentencia No. T-001 de 3 de abril de 1992. Gaceta Constitucional.1992, Tomo I., Pág. 173

Así mismo, es específica y especial, dado que es única para la protección de los derechos fundamentales y su procedimiento es preferente y sumario. Lo primero (preferente), por cuanto desplaza otros asuntos que el juez tenga en su despacho y lo segundo (sumario), porque puede decidirse con las pruebas aportadas por el accionante, aunque no hayan sido controvertidas y aún hayan sido aportadas de manera informal. Pero es justamente esta particularidad, la que obliga a un especial cuidado, debiendo circunscribirse su uso, a los términos establecidos en la Constitución y la en la Ley.²⁹¹

Así mismo, se caracteriza por ser informal, pues busca limitar el formalismo y propiciar decisiones sustantivas²⁹² y no es un mecanismo alternativo, ya que no puede concebirse ni utilizarse como medio judicial que sustituya los mecanismos previstos en la Constitución y en las leyes de la República, ni como proceso diferente que el interesado pueda escoger a cambio de los ordinarios o especiales, también establecidos para administrar justicia o para hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta Política.²⁹³

La acción de tutela se encuentra reglamentada a través del Decreto con fuerza de Ley 2591 de 1991, el cual en su artículo 6º numeral 1º del decreto en mención consagra la exigencia al accionante de agotar el medio ordinario de defensa antes de recurrir a la acción de tutela, salvo que la acción “*se utilice para evitar un perjuicio inminente e irremediable*”, definiéndolo como una “*situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y a partir de ese momento, progresar hasta hacerse irreversible*”²⁹⁴, por lo cual, para conjurar dicho perjuicio se debe actuar de inmediato, es decir, de manera impostergable.²⁹⁵

El decreto destaca que la acción de tutela está vigente aún bajo los estados de excepción. El amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, también se puede usar respecto de la protección de los derechos sociales fundamentales (como el mínimo vital por ejemplo), así como respecto de los derechos de que son titulares los sujetos de especial protección constitucional, como las madres, los menores de edad, las personas de la tercera edad y los discapacitados.²⁹⁶

En consecuencia, la acción de tutela es procedente cuando estos derechos fundamentales se encuentren amenazados o vulnerados en forma directa, o porque existan otros derechos que sin ser fundamentales, su violación o amenaza de violación derive de la conculcación o quebranto de aquellos.²⁹⁷

²⁹¹ YOUNES MORENO, Diego, *Op. Cit.*, 203-204p.

²⁹² Sentencia T-1306 de 2001, M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo, Consideración jurídica No. 5.2.1.

²⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-520 del 16 de Septiembre de 1992, M.P. Hernández Galindo, José Gregorio, Exp. T-2988.

²⁹⁴ Sentencia C-531 de 1993, M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo, Consideración Jurídica No. 20, Sentencia SU-544 de 2001, M.P. Montealegre Lynett, Eduardo, Consideración jurídica No. 11.

²⁹⁵ Sentencia C-225 de 1993, M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro, citada por C-531 de 1993, M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo, Consideración Jurídica No. 21.

²⁹⁶ Sentencia SU-062 de 1999, M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro, dicha sentencia contiene casos concretos de protección como mecanismo transitorio.

²⁹⁷ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando, “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas”, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C., Cuarta Edición, 2010, Pág. 357-358.

Posteriormente se expide el Decreto reglamentario 306 de 1992, por medio del cual se quiso precisar el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 1º al determinar que los casos en que no existe perjuicio irremediable, se configuran cuando el interesado puede solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes: a) Orden de reintegro o promoción a un empleo, cargo, rango o condición; b) Orden de dar posesión a un determinado funcionario; c) Autorización oportuna al interesado para ejercer el derecho; d) Orden de entrega de un bien; e) Orden de restitución o devolución de una suma de dinero pagada por razón de una multa, un tributo, una contribución, una tasa, una regalía o a cualquier otro título; revisión o modificación de la determinación administrativa de una obligación de pagar una suma de dinero; o declaración de inexistencia de esta última, y f) Orden oportuna de actuar o de abstenerse de hacerlo, siempre que la conducta sea distinta del pago de una indemnización de perjuicios.

Además, lo dispuesto en este artículo se aplicará también en aquellos eventos en los cuales legalmente sea posible que además de las órdenes y autorizaciones mencionadas se condene al pago de perjuicios en forma complementaria.

No obstante, es de anotarse que el artículo 1º mencionado fue objeto de análisis por el Consejo de Estado, el cual declaró su nulidad.²⁹⁸

De igual manera, el Decreto 306 preceptúa también que la acción protege únicamente los derechos constitucionales fundamentales, pero no los de rango legal. Tampoco procede para hacer cumplir las normas jurídicas, pues para ello existe la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución, así como para impedir el adelanto de investigaciones.²⁹⁹

Una vez analizada brevemente la figura de la tutela, sus principales características y procedencia, podemos concluir en cuanto a sobreprecios se trata, que no es clara la violación de un derecho fundamental o conexo a ésta clase de derechos cuando se malversan dineros públicos con ocasión de sobreprecios en un contrato estatal, así como tampoco, que se configure un perjuicio irremediable que no pueda esperar a ser tratado a través del mecanismo legal correspondiente; además, por ser la tutela un mecanismo residual, lo más probable es que se niegue por existir otros mecanismos jurídicos que pueden servir para atacar la legalidad del contrato con sobreprecios; por lo tanto, no es procedente ni aplicable atacar la legalidad de un contrato con sobreprecios mediante la acción de tutela; pues para ello existen los mecanismos alternativos mencionados en el presente capítulo.

3.5. RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ACTORES INTERVINIENTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

²⁹⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Rad. 3331 del febrero de 1996. Consejero Ponente: Rodrigo Ramírez González.

²⁹⁹ YOUNES MORENO, Diego, *Op. Cit.*, 202p.

En materia de sobreprecios en los contratos estatales, es pertinente analizar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares involucrados en el proceso contractual llevado a cabo y así mismo, las consecuencias que de ella se derivan.

Al respecto, surgen los siguientes interrogantes: *¿Puede el Estado de manera eficiente a través del establecimiento de responsabilidades por parte de los diferentes organismos de control, intentar recuperar sus recursos sancionando al o los funcionarios responsables o al interventor o al contratista?*

Para dilucidar éste y otros interrogantes, desarrollaremos el tema analizando los diferentes pronunciamientos y fallos de los entes de control frente al tema en cuestión, así como también, que posibles acciones ha previsto nuestro ordenamiento en el caso de los contratistas que se beneficien por contratos con sobreprecios.

3.5.1. Responsabilidad de los servidores públicos

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993³⁰⁰ establece que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato y responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

Acto seguido en el artículo 51³⁰¹ ibídem, se indica que los servidores públicos responderán disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, procederemos a analizar cada una de las responsabilidades que cobijan al servidor público involucrado en el contrato con sobreprecios.

3.5.1.1. Responsabilidad penal del servidor público.

Al analizar los diferentes fallos³⁰² de la Corte Suprema de Justicia en materia penal acerca de sobreprecios en los contratos estatales se concluye que los tipos penales aplicables a las

³⁰⁰ Artículo 26 de la Ley 80 de 1993. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

³⁰¹ Artículo 51 de la Ley 80 de 1993. De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la Ley.

³⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de febrero de 2010, Rad. 24850. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 7 de julio de 2010, Rad. 28508. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2009. Rad. 25544. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 18 de agosto de 2009. Rad. 31131. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

conductas que los ocasionan son el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales establecido en el artículo 410³⁰³ de la Ley 599 de 2000 y el delito de peculado por apropiación a favor de terceros consagrado en el artículo 397³⁰⁴ de la misma, modificado por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011.³⁰⁵

Lo anterior por cuanto los sobrepuestos se han relacionado con la ausencia, omisiones o fallas en los estudios previos; por lo tanto, ha insistido en que el estudio de condiciones y precios del mercado, **es un requisito esencial que no puede obviarse en ningún proceso de selección contractual**, pues es fundamental acudir a la obtención previa de varias ofertas de proponentes e indagar sobre los precios del mercado y los bienes, servicios u objetos requeridos, a fin de contratar por el precio que realmente tienen los mismos en el tráfico jurídico ordinario y así no incurrir en la elaboración de contratos con sobrepuestos.³⁰⁶

Para el efecto, indica la Corte, que el examen derivado de los estudios, es el que permite, por un lado, fijar un valor aproximado al objeto contractual y, por otro, adquirir en condiciones razonables los productos en el sector que los provee; de tal suerte que, dicha actividad debe ejecutarse con anterioridad a la presentación de las propuestas y no después; la razón es obvia, si la administración desconoce los precios del mercado, cómo entonces

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 6 de marzo de 2008. Rad. 24606. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto de 2008. Rad. 25518. M.P. Augusto J. Ibáñez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 7 de septiembre de 2006. Rad. 22447. M.P. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 29 de enero de 2004. Rad. 17574. M.P. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 25 de marzo de 2004. Rad. 18654. M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 5 de agosto de 2009. Rad. 28328. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁰³ Artículo 410 de la Ley 599 de 2000. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

³⁰⁴ Artículo 397 de la Ley 599 de 2000. Peculado por apropiación: El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes de fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (por el mismo término)

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, (*dicha pena se aumentará hasta la mitad*) La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

³⁰⁵ Artículo 33 de la Ley 1474 de 2011. Circunstancias de agravación punitiva. Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado

³⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de octubre de 2007, Rad: 26076. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

llega a establecer la cuantía en cuyo marco debe analizar con objetividad los ofrecimientos en aras de cumplir el principio de selección objetiva.³⁰⁷

Al respecto coincide el Consejo de Estado con los planteamientos de la Corte al conceptuar que la exigencia de dichos estudios se explica en la medida que *“la contratación administrativa tal y como lo hemos venido reiterando en el presente trabajo, no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos”*.³⁰⁸

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha conceptuado que al celebrarse un contrato con sobrepagos, hay una violación de los principios de interés general, transparencia, economía, planeación y conmutatividad que rigen la contratación estatal, pues éstos deben imponerse en todo el trámite, celebración o liquidación de los contratos estatales, dado que la administración no sólo debe recibir los bienes o servicios requeridos para su correcto funcionamiento, sino que en guarda del patrimonio estatal el objeto contractual debe ser real, determinado, lícito, cierto y ajustado a los precios del mercado, sin que resulten elementos dolosos de distorsión que puedan redundar en beneficio ilícito para el funcionario, el contratista o un tercero y en detrimento del patrimonio estatal, u otro tipo de comportamientos que afecten negativamente el erario.³⁰⁹

Por lo tanto, es claro que al celebrar un contrato en el que existen fallas u omisiones en el estudio de los precios del mercado se configura el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues el estudio de condiciones y precios del mercado reviste el carácter de esencial para la tramitación o celebración de un contrato.³¹⁰

Frente a este delito, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que contempla tres hipótesis en las cuales el servidor público a cargo de la función contractual o de parte de ella, puede objetivamente vulnerar el bien jurídico de la administración pública: la primera hipótesis, consiste en dar trámite al contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para concretarlo, gestión que la Corte ha precisado como aquella que *“comprende los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual”*; la segunda consiste en celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales, incluidos aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 constituyen solemnidades ineludibles en la fase precontractual y, la tercera, finalmente, *“liquidar”* el contrato aún cuando ocurran similares falencias.³¹¹

No obstante, el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es un tipo penal en blanco, pues la base de su injusto se encuentra en el incumplimiento de

³⁰⁷ Artículo 25 Numerales 7 y 12 de la Ley 80 de 1993.

³⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Junio 1 de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de septiembre de 2005, Rad: 18029. M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

³¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto de 1998, Rad: 10259, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

³¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de mayo de 2003, Rad: 14.699, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

los requisitos legales esenciales de la contratación pública, los cuales están contenidos en leyes extrapenales, dentro de las cuales se encuentran no solamente el Estatuto de Contratación, sino también la Constitución y algunas normas especiales.³¹²

Por lo tanto, se requiere para su configuración de otros ordenamientos jurídicos, valga decir los principios constitucionales que rigen la función administrativa, es decir, los consagrados en el artículo 209 de la C.P., pues tal función debe estar sometida a los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

Para el efecto, FIERRO MÉNDEZ clasifica los requisitos esenciales en tres grupos: **los personales** (como la capacidad legal y el consentimiento exento de los vicios del error, la fuerza, el dolo y la reserva mental), **los relativos a la prestación** (como el objeto y la causa lícita) y **las solemnidades especiales** (como su bilateralidad; su onerosidad; los estudios de factibilidad, conveniencia y oportunidad para celebrar el contrato; la apertura de la licitación; el aviso de apertura; el plazo para recepción y cierre de propuestas; la calificación de propuestas; la adjudicación; la formalización por escrito y el contenido del contrato)³¹³

Lo anterior implica que el estudio de condiciones y precios del mercado es un requisito esencial frente a los contratos estatales y por ende su no realización o deficiencia en el mismo impiden comparar los precios del mercado y en consecuencia conllevan a sobrepuestos que generan la configuración del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.³¹⁴

En consecuencia, en el trámite, celebración o liquidación de los contratos estatales, la administración no sólo debe percibir los bienes o servicios requeridos para su correcto funcionamiento, sino que en guarda del patrimonio estatal el objeto contractual tiene que ser real, determinado, lícito, cierto y ajustado a los precios del mercado, sin que resulten elementos dolosos de distorsión que puedan redundar en beneficio ilícito para el funcionario, el contratista o un tercero y en detrimento del patrimonio estatal, u otro tipo de comportamientos que afecten negativamente el erario.³¹⁵

En conclusión, el no cumplimiento, la falla u omisiones en la elaboración de estudios previos y en consecuencia la violación del principio de planeación o su deficiente aplicación que conllevan a sobrepuestos, conlleva necesariamente a la incursión del delito consagrado en el artículo 410 del Código Penal.

³¹² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública*, *Op. Cit.*, 362

³¹³ FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro., *La responsabilidad Penal en los contratos administrativos*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2001, p. 170-182.

³¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Junio 1 de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de septiembre de 2005, Rad: 18029. M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

De igual manera, la justicia penal ha conceptualizado que en tratándose de sobrepuestos o sobrecostos derivados de los contratos estatales pueden configurarse no solamente el tipo punible enunciado, sino también el delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Al respecto PABÓN PARRA define de manera amplia el delito de peculado como aquella conducta que se estructura cuando se administra mal o se hace mal uso - en sentido amplio - de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al empleado oficial en razón de la investidura pública.

Y de manera genérica lo define como un atentado contra el patrimonio económico del Estado que se caracteriza por su apoderamiento, su uso indebido o su indebida aplicación.³¹⁶

Vale la pena resaltar que dicha apropiación puede producirse en provecho del sujeto agente o de un tercero. De todas maneras, por tratarse de un delito que tiene objeto material real de alcance económico (bienes), es indispensable la existencia de un provecho propio o a favor de un tercero objetivamente considerado, sin requerirse un ingrediente especial de ánimo de lucro.³¹⁷

Entonces, tratándose de sobrepuestos ha conceptualizado la Corte Suprema de Justicia que el delito de peculado por apropiación se encuentra satisfecho a plenitud con la conducta de incrementar indebidamente los presupuestos con base en los cuales se realizaron los contratos, ahora bien si esos sobrecostos benefician a terceros, por la recepción de una retribución económica superior a la que ordinaria y legalmente les correspondía, se configura la apropiación a favor de terceros. Máxime cuando se prueba que las partes involucradas obran con conocimiento y voluntad dirigida a favorecer ilícitamente a los contratistas, como expresión de su actuar doloso y no de la simple e indemostrada negligencia o culpa de los servidores públicos intervinientes. No obstante, precisa la Corte que el sustento para establecer la real existencia de un detrimento económico debe estar fundamentada en la valoración y análisis de los costos directos, indirectos y hasta deducibles por retención en la fuente, más ganancias razonables, que impiden afirmar una negociación a pérdida para el comerciante y así mismo, una vez cuantificados todos y cada uno de los ítems que componen el contrato, determinar si el sobrecosto tiene o no justificación.³¹⁸

Precisa la Corte Suprema de Justicia que cuando la norma alude a la apropiación, lo que quiere significar es que el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.³¹⁹

³¹⁶ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, “Delitos Contra La Administración Pública”, *Op. Cit.*, 87-88p.

³¹⁷ GOMEZ MENDEZ A. y GOMEZ PAVAJEAU, C.A. “Delitos Contra la Administración Pública”, *Op. Cit.*, 237p.

³¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 2 de julio de 2002. Rad. 13663. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

³¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 6 de abril de 2005, Rad. 20400, M.P. Mauro Solarte Portilla.

Así las cosas, es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite al legislador hacer uso de la partícula "se" para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con la clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros.³²⁰

En consecuencia, podemos concluir la aplicación de dos tipos penales en lo que de sobreprecios se trata y que implica que los servidores públicos en las actuaciones contractuales están obligados a aplicar “las reglas sobre administración de bienes ajenos” y “los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”, como así lo ordenan los artículos 4,14, 18 y 24 a 26 numeral 4º de la Ley 80 de 1993.

Entonces, de cara a ese marco normativo, es deber funcional del ordenador del gasto y demás servidores públicos involucrados en la contratación, vigilar y controlar la correcta utilización del presupuesto de la entidad, debiendo para ello, en materia de la actividad contractual, adoptar las previsiones necesarias llamadas a garantizar su correcto destino en virtud de los contratos realizados y suscritos por el ordenador del gasto, como también, ocuparse de establecer la necesidad de éstos y el equilibrio de las prestaciones pactadas.³²¹

El cumplimiento de dicho deber funcional reviste gran importancia, por ello el legislador a través de la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción” aumenta los términos de prescripción de los delitos que cometan los servidores públicos que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, en la mitad de la condena³²² y así mismo, trae como circunstancia de agravación punitiva para los tipos penales descritos en este capítulo, el aumento de la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.³²³

3.5.1.2. Responsabilidad disciplinaria del servidor público

Al analizar las normas de carácter disciplinario y determinar con fundamento en cuáles de ellas se puede sancionar disciplinariamente a los agentes involucrados en contratos estatales con sobreprecios, encontramos los siguientes supuestos aplicables:

³²⁰ Corte Suprema de Justicia, M.P. Mauro Solarte Portilla, Rad. 20400

³²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 16 de diciembre de 2008. Rad. 18029. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

³²² Artículo 14 de la Ley 1474 de 2011. *Ampliación de términos de prescripción penal*. El inciso sexto del artículo 83 del Código Penal quedará así: 6. Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

³²³ Artículo 33 de la Ley 1474 de 2011. *Circunstancias de agravación punitiva*. Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409,410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

Primeramente, determinamos a que agentes se les aplicarían las sanciones por faltas disciplinarias entratándose de sobrepuestos y al respecto tenemos que el artículo 25³²⁴ de la Ley 734 de 2002 establece que son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos y los particulares contemplados en el artículo 53³²⁵ de la ley en mención.

Dicha situación fue modificada por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011³²⁶, al ampliar el concepto de función pública no sólo al ejercicio de los funcionarios públicos sino también a los particulares que por disposición legal que realicen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado y de igual manera, incluye a los particulares que administran recursos públicos.

Ahora bien, dados los anteriores presupuestos legales y aterrizando en las normas que tratan las faltas disciplinarias en materia de contratación estatal, encontramos que el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002³²⁷ señala como falta disciplinaria gravísima: “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título

³²⁴ Artículo 25 de la Ley 734 de 2002. “Destinatarios de la ley disciplinaria. *Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.*

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”.

³²⁵ Artículo 53 de la Ley 734 de 2002. Modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares *que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

³²⁶ Artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. Sujetos Disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así: El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

³²⁷ Artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función del cargo o abusando del mismo”.

Al respecto se ha conceptualizado que cuando el ilícito contractual es considerado como una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, su adecuación típica disciplinaria se realiza a través del numeral 1º del artículo 48, tipo disciplinario en blanco del cual surge una remisión normativa a los ya mencionados artículos 408, 409 y 410 del Código Penal, referidos a la denominación genérica de la celebración indebida de contratos o tipos penales de contenido contractual, para después complementarlas con normas atinentes a la contratación estatal, a menos que la conducta esté descrita en los tipos disciplinarios específicos.³²⁸

Así las cosas, encontramos que dentro del artículo en mención, se pueden incluir como adecuaciones típicas disciplinarias, la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución³²⁹; así como también, cuando en la etapa precontractual o en la actividad contractual, se realicen conductas que causen detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley.³³⁰

Es decir, en materia disciplinaria el hecho de celebrar un contrato sin el lleno de los requisitos legales implica desconocimiento de los principios de la contratación estatal, o el celebrar un contrato sin uno de sus elementos esenciales, tales como el estudio de precios y condiciones del mercado o de ejecutar el contrato con sobrepuestos a favor propio o de un tercero, se adecúa a las conductas descritas en los numerales 30 y 31 del artículo 48 en mención.³³¹

Ahora bien, a pesar que la falta de estudios previos implícitamente conlleva un desconocimiento del principio de responsabilidad, tal conducta debe adecuarse típicamente por vía del numeral 30 del artículo 48 en reemplazo de la conducta descrita en el numeral 31 del mismo artículo, teniendo en cuenta la especialidad de la norma.³³²

Al respecto encontramos que el contenido mínimo de los estudios previos a la contratación estuvo inicialmente regulado en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 y ahora se encuentra

³²⁸ FERRER LEAL, Héctor Enrique y ROA SALGADO, David Alonso, *La falta disciplinaria en la Contratación Estatal, conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008*, Ediciones Nueve Jurídica, Segunda Edición, 2009, p. 78-79.

³²⁹ Artículo 48. Numeral 30 de la Ley 734 de 2002. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

³³⁰ Artículo 48. Numeral 31 de la Ley 734 de 2002. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

³³¹ FERRER LEAL, Héctor Enrique y ROA SALGADO, David Alonso, *Op. Cit. p.88*

³³² FERRER LEAL, Héctor Enrique y ROA SALGADO, David Alonso, *Op. Cit. p.123*

reglamentado en el artículo 2.1.1. del Decreto 734 de 2012, por lo que el operador disciplinario debe dirigirse a esa norma para completar el tipo en blanco en mención.³³³

Por su parte, la falta consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, podría considerarse el tipo disciplinario por excelencia, sin que desde luego quiera ello decir que sean menos importantes los dos numerales que hemos visto hasta ahora.

Pretende el numeral 31 comentado salvaguardar los fines de la contratación estatal y proteger el derecho de quienes se sientan en capacidad de aspirar a contratar con el Estado a fin de que no medie ningún interés subjetivo distinto de los de la administración; por tanto, el operador disciplinario deberá examinar que la conducta de los servidores públicos que participen en la elaboración de pliegos de condiciones, evaluación de propuestas, celebración y ejecución del contrato cumplan con los requisitos establecidos en la ley.³³⁴

El citado numeral combina la descripción de dos conductas: **1)** Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público y **2)** Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Respecto a la primera puede decirse que la definición del patrimonio público está vinculada a la noción de bienes y presupuesto del Estado³³⁵, entonces bien podría pensarse según FERRER LEAL³³⁶, que la acción disciplinaria en este caso estaría encaminada a examinar el daño ocasionado a los bienes y recursos del estado en la actividad contractual, pudiendo perfectamente presentarse allí una actuación que genere un daño al patrimonio público que no comporte una gestión deficiente de recursos a diferencia de la gestión fiscal donde sí se parte de una deficiente gestión en la administración que ocasiona detrimento de los bienes y recursos del estado.

Y en cuanto a la segunda conducta puede decirse que su fundamento está centrado en la aplicación y cumplimiento a cabalidad de los principios que dirigen la actividad contractual del estado, pues éste debe estar protegido de interferencias provenientes de la misma administración, ya que está integrada por seres humanos con libre albedrío que en cualquier momento pueden atentar contra los fines de la contratación pública, porque la actividad contractual del estado debe ser pulcra, ágil y quien la adelante en indebida forma responderá por sus actos.³³⁷

Por otra parte, también se encuentran como faltas gravísimas que podrían adecuarse al tema del sobreprecio, el apropiarse directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente³³⁸ y además,

³³³ LUDWING, Martín, GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009. P. 156-157

³³⁴ LUDWING, Martín, GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Op. Cit.*, p. 151

³³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1852 del 15 de noviembre de 2007, C.P. Gustavo Aponte Santos, Concepto No. 2008IE2633 del 5 de marzo de 2008, proferido por la Dirección Jurídica de la Contraloría General de la República.

³³⁶ FERRER LEAL, Héctor Enrique y ROA SALGADO, David Alonso, *Op. Cit.* p.130

³³⁷ FERRER LEAL, Héctor Enrique y ROA SALGADO, David Alonso, *Op. Cit.* p.131.

³³⁸ Artículo 55 de la Ley 734 de 2002. Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas: 4. Apropiarse, directa o

aquella conducta en la que el servidor público de lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo y que además den lugar a incrementar injustificadamente su patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero y permitir o tolerar que otro lo haga.³³⁹

La falta gravísima hace referencia a la incurrancia en falta disciplinaria con dolo o culpa gravísima, por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, de las cuales se desprende la destitución e inhabilidad general, que conllevan a: Terminar la relación del servidor, de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, con la administración pública, terminar el contrato de trabajo; así como también, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo y la exclusión del escalafón o carrera, con el agravante que cuando la falta afecte el patrimonio público del Estado, la inhabilidad sea permanente.³⁴⁰

De igual manera, encontramos que el legislador para reflejar la preocupación por el tema de la contratación, entregó a la Procuraduría General de la Nación y a las Personerías una atribución que denominó “medidas preventivas”, consagradas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002³⁴¹, en virtud de la cual podrá solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen sus efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que conlleven a la defraudación del patrimonio público.³⁴²

Ahora bien, una vez determinadas cuales son las normas que pueden dar lugar a configuración de responsabilidad disciplinaria en materia de contratación estatal y que en un momento determinado podrían adecuarse al tema del sobreprecio, es pertinente analizar cómo ha fallado el Ministerio Público en esta materia.

Analicemos los siguientes casos:

indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.

³³⁹ Artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: Numeral. 3 Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

³⁴⁰ SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 50-51.

³⁴¹ Artículo 160 de la Ley 734 de 2002. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero.

³⁴² VILLEGAS GARZÓN, Oscar, *El Proceso Disciplinario Ley 734 de 2002*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, p. 61.

Se presentan sobrecostos debido a la compra por parte de un servidor público de una tubería destinada al alcantarillado de un departamento a precios mayores a los razonables del mercado, acarreando un beneficio patrimonial para el contratista y un detrimento del erario público.

“La defensa argumenta que la diferencia de precios obedece a *“la inclusión por parte de los contratistas de los imprevistos que se puedan presentar para efectos de evitar pérdidas y además el costo de transporte aéreo que eleva los precios”*

Sobre ello afirma la Procuraduría, *“dichas exculpaciones no tienen asidero alguno en el sentido que el sobrecosto involucra los costos de transporte y otros adicionales, pues, la cotización se obtuvo precisamente en el mismo sitio donde fueron finalmente adquiridos por el intermediario.*

Se determina también dentro del proceso, la carencia total de idoneidad del contratista, que acudió para el suministro de los materiales, a la modalidad de la reventa y del crédito, aspectos que dieron lugar a los sobrecostos y consiguiente perjuicio del erario público, mismo que se hubiera evitado a través de la consulta de precios o condiciones del mercado, requisito propio del deber de selección objetiva, lo cual hubiera permitido establecer que los precios del oferente seleccionado tenían un valor que sobrepasaba el 50% de los costos del mercado”³⁴³

Para complementar el ente de control hace énfasis en el mandato constitucional y legal, que deben acatar quienes en razón o con ocasión de sus funciones públicas están investidos de la facultad de administrar, a través de sus diversas formas, bienes del Estado, entre ellas los contratos, imperativamente deben cumplir con lo preceptuado en la normatividad legal que regula lo atinente a la contratación estatal, por ende, cualquier comportamiento de acción o de omisión contrario a ello constituye falta disciplinaria.

Se confirma entonces, la violación de los artículos 34 numeral 4³⁴⁴, 35 numeral 1³⁴⁵ y los ya mencionados numerales 1, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y por ende, la configuración de una falta gravísima al contratar por un valor mucho mayor que el que realmente correspondía a determinados bienes y/o servicios, pues con ello no solo se favorece al contratista sino también a terceros en perjuicio y detrimento del erario público,

³⁴³ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Disciplinado. Arnaldo José Rojas Tamedes – Gobernador de Antioquia. Rad. 162-39384-2000. Procurador Delegado. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁴⁴ Artículo 34 Numeral 4 de la Ley 734 de 2002. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

³⁴⁵ Artículo 35 Numeral 1 de la Ley 734 de 2002. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales 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 y los contratos de trabajo.

lo cual implica la correspondiente sanción de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco (5) años.³⁴⁶

En otro fallo se dictan pliegos de cargos debido a la ocurrencia de sobrepuestos en la compra de unos bienes inmuebles, pues se comprueba la existencia de una diferencia sustancial entre el precio pagado por la Corporación Autónoma Regional del Guavio – Corpoguavio - para la adquisición de los predios. Aduce la Procuraduría que éstos sobrepuestos “obedecen a la inobservancia por parte de la entidad del procedimiento establecido por el legislador para ésta clase de asuntos, con perjuicio, posteriormente para los intereses de la entidad, por cuanto al desconocerse el avalúo comercial real de los bienes adquiridos, pagó un precio por encima de los límites fijados para esta clase de transacciones, valor superior al avalúo de los bienes realizado por el IGAC.

Al pretermitir el procedimiento establecido por el legislador, como se anotó, desconoció los principios que rigen la contratación estatal, concretamente el principio de responsabilidad, derivado desde luego, por la categoría de servidor público ostentada, avocada al cumplimiento por esta circunstancia, a una serie de responsabilidades que emanan de su especial sujeción con el Estado y del ejercicio de las facultades que se le ha otorgado conforme lo establece el artículo 6º de la Constitución Política – numerales 1 y 2 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 – por no cumplir el servidor público una obligación que se le ha impuesto previamente, faltando igualmente, al principio de transparencia y economía establecidos en los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993.

Cabe entonces la responsabilidad consagrada en la Constitución Política derivada del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de las funciones ejercidas, es claro que el servidor público que no cumpla las funciones derivadas del cargo ejercido debe responder disciplinariamente.

*La falta se calificó como gravísima, cometida a título de dolo, pues del hecho ocurrido se derivó un detrimento patrimonial del Estado que lucró indebidamente a terceros y a su vez generó como sanción para el ordenador del gasto, la destitución e inhabilidad por dos (2) años para ejercer funciones públicas”.*³⁴⁷

Continuando con nuestro análisis encontramos otro fallo disciplinario al respecto, en el cual se vislumbra un sobrecosto, en un contrato de compraventa suscrito entre la ESE Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo” con la firma Inversiones Ahinco Ltda, por un valor de \$348.000.000.00, para adquirir cuatro (4) ventiladores Microprocesador ciclado por volumen y presión (adulto y pediátrico) marca Puritan Bennett modelo 760 por valor de \$324.800.000.00

Al respecto se observa que “Dentro del expediente se hace énfasis en la inexistencia del soporte de un estudio de mercados, que determinara quienes eran los proveedores de dichos equipos en el país, los distribuidores, precios y condiciones de pago de los mismos, situación que conllevó a que se presentara una triangulación económica, que originó la cancelación de un sobrecosto a la firma contratista equivalente al 87% de su valor, esto es

³⁴⁶ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. *Op. Cit.* 308, 11-12p

³⁴⁷ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Disciplinado. Odilio Hernán Salinas Martínez – Director Corpoguavio – Rad. 162-40794/00. Procurador Delegado. José Fernando Reyes Cuartas.

la suma de \$176.900.000.00, toda vez que la empresa Tyco Healthcare Colombia S.A., es distribuidor exclusivo en el país, de los ventiladores Puritan Bennett modelo 760, se los dio en venta a INVERSIONES AHINCO LTDA – PROMEDIC, a un precio unitario de \$40.600.000 incluido un valor total de \$203.000.000 incluido el IVA, cuando el hospital pudo haberlos adquirido directamente al distribuidor exclusivo, pues contaba con los recursos suficientes y disponibles para comprarlos.

Dentro de la actuación disciplinaria se hace referencia a que el núcleo central tanto del primer cargo como del segundo reproche disciplinario elevado, corresponde al reparo funcional de incumplir el principio de economía en cuanto a la planeación mediante el desarrollo de estudios o sondeos de precios de mercado idóneos, adecuados y precisos en los contratos de compraventa 167 de 2004 y 033 de 2005; y el tercer cargo corresponde a la consecuencia misma de tales acciones como es la de permitir el incremento patrimonial injustificado a favor de un tercero (firma Ahinco Ltda.) por un monto de \$339.300.000.00, que fue el contratista que enajenó los bienes a un precio muy superior a los comercializados por la firma Tyco Healthcare Colombia.

Aduce el Ministerio Público, que no obstante, si bien es cierto la ESE Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo” estar regida por la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su objeto de prestar servicios de salud, actúan en igualdad de condiciones con los demás actores económicos particulares, pero ello no significa que escapen a las previsiones constitucionales que rigen la actividad administrativa máxime que se tratan de entidades públicas, cuyos recursos proceden del erario público y los servidores que las gobiernan se supeditan al mandato general de responsabilidad derivado del artículo 6º superior.

Se endilga, entonces, responsabilidad disciplinaria por omisión de principios contractuales, por ausencia de estudios de mercados, componente de los principios de planeación y economía, se trata de conductas a cumplir como hitos, principios o axiomas para el responsable de la contratación y, por tanto, su cumplimiento se puede obtener de diversas vías, en el caso del principio de planeación y economía con los estudios del valor real de los bienes y servicios ya sea verificando quienes son los distribuidores, proveedores, representantes exclusivos, etc., de los bienes, o el precio asignado por su oferta y/o demanda.

Indica el ente de control que no puede considerarse un estudio serio del valor de los bienes a adquirir al aportarse tres cotizaciones de igual número de oferentes para los citados contratos de compraventa de los ventiladores Puritan Bennett modelo 760, máxime cuando está puesto en entredicho la calidad de tales proveedores, que no han mantenido relaciones comerciales permanentes y previas tanto con la ESE como con la firma Tyco Healthcare Colombia S.A., representante exclusiva en el país de la marca de ventiladores Puritan Bennett; y cuando tales elementos por sus características técnicas especiales.

Además, el investigado dentro de la investigación penal confiesa la comisión de ilícitos contra la administración pública, con el apoderamiento de una suma que cuantifica \$51.976.080 para luego señalar como monto apropiado en forma ilícita la suma de sesenta millones de pesos m/cte. Lo anterior, denota que efectivamente al realizar el

comportamiento reprochable no solo en el ámbito penal sino el disciplinario actuó con conciencia de la vulneración no solo de deberes funcionales sino de bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento penal; por lo tanto, se catalogó la forma de culpabilidad a título de dolo, es decir, fueron ejecutadas con plena conciencia por el disciplinado de que con tal proceder afectaba sus deberes funcionales y pese a ello realizó la conducta y quiso su resultado.

*Como consecuencia de lo anterior, el disciplinado fue sancionado con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años”.*³⁴⁸

Siguiendo con nuestro análisis tenemos otro fallo disciplinario en materia de sobrepuestos, en el cual “*se investiga una conducta irregular por parte de Juan Carlos Duarte Torres, en su condición de presidente y representante legal de la Empresa Colombiana de Gas ECOGAS, en razón a que en forma irregular, es decir transgrediendo los principios contractuales de planificación, transparencia, selección objetiva y economía, celebra un contrato de compraventa con la firma González Tascon & Cía Ltda., en una cuantía de \$2.736.994480.00, cuyo objeto era el suministro a ECOGAS de 10 juntas de bola para instalar en el sector de Briceño del gasoducto Centro Oriente, porque no efectuó estudios de factibilidad, conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, ni solicitó los análisis previos sobre la viabilidad de la instalación de dicha compra, ni efectuó estudios de comparación de precios de mercado....*

Confirmando lo anterior, se deja constancia en las pruebas aportadas al proceso, que no se encuentran comunicaciones sobre sondeos de mercado, que no existe evaluación comparativa sobre la tubería flexible flowline y las juntas de bola, así mismo, se establece que existen otras compañías en el mundo que fabrican juntas de bola y que pueden ofrecer otros precios, además, la prueba documental reseñada demuestra que el disciplinado, ordenó la compra de las 10 juntas de bolas, sin tener claro el beneficio o utilidad comprobada en la instalación de gasoductos. Situación que llevó al punto de que tres años después de celebrado el contrato no habían podido ser instaladas, pues requerían un rubro adicional de US \$300.000.00, por carecer ECOGAS de la ingeniería de detalle necesaria para su instalación.

Así las cosas, se vislumbra la vulneración de los principios contractuales, principalmente el de planeación, por cuanto, no se realizaron los estudios de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, de factibilidad, ni solicitó análisis previos sobre la viabilidad de la instalación de dicha compra, ni realizó estudios de comparación de precios del mercado, lo cual hubiese permitido, tener un mayor conocimiento sobre la experiencia en la utilización y aplicación de las juntas de bolas en gasoductos.

De igual manera, la violación del principio de planeación contractual, conlleva implícitamente la vulneración del principio de responsabilidad, en la medida en que los servidores públicos de la Empresa, están obligados a buscar el cumplimiento de los fines

³⁴⁸ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Disciplinado. Jorge Mauricio Escobar López – Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo” – Rad. 083-2917-2006. Procurador Delegado para la Moralidad Pública. Silvano Gómez Strauch.

de la contratación, a vigilarla correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad y responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas.

Por tanto, la falta acreditada y no desvirtuada en el proceso mantiene su calificación de grave y se imputa como cometida a título de dolo, generado éste por el conocimiento que sobre la normatividad contractual tenía en su calidad de presidente de la entidad, es decir, conocía lo ilícito de su comportamiento y obró de manera libre y voluntaria, con una clara infracción del principio de planeación.

En consecuencia al disciplinado se le declara disciplinariamente responsable y se le impone una sanción que consiste en una multa equivalente a 90 días del sueldo que devengaba en la época de los hechos”³⁴⁹

Una vez analizados los anteriores fallos de la Procuraduría en materia de sobreprecios en los contratos estatales, se puede inferir que el ente de control en sus diferentes pronunciamientos, hace énfasis en la importancia del cumplimiento de los principios de planeación y economía, especialmente, en cuanto a la necesidad de realizar un estudio de conveniencia donde no solo se cumpla con expresar que el contrato es conveniente para la entidad y que es necesario para su celebración, sino que además, debe hacerse un estudio sobre el valor que se estime debe tener el contrato; dicho estudio se constituye en un requisito esencial que exige la norma y que deben cumplir las entidades estatales cuando van a contratar, para evitar contratiempos futuros.³⁵⁰

El Ministerio Público, es tajante al afirmar que el incumplimiento del principio de planeación, en virtud de no haber realizado un adecuado análisis de los precios del mercado previamente a la apertura del proceso licitatorio; trae como consecuencia el deterioro del patrimonio de la entidad, pues es lógico que al tener que pagar un mayor valor por unos bienes o servicios que tienen un precio inferior, se afecta el patrimonio de la entidad y aunque los hechos investigados se relacionan con la falta de estudios de mercado los cuales deben realizarse con anterioridad a la apertura de cualquier proceso de selección, es obvio, hacer referencia al detrimento patrimonial que se pudo haber causado a la entidad con dicha contratación.³⁵¹

Al respecto se observa la imposición de sanciones que implican destituciones e inhabilidades, pues como lo hemos venido comentado de la ocurrencia de sobreprecios en los contratos estatales, surgen faltas gravísimas, tales como no efectuar el estudio de los precios del mercado o efectuarlo de manera incompleta e ineficaz, pues se demuestra dentro del proceso la contratación con precios superiores a los que existían en el mismo, es decir, el o los servidores públicos en el ejercicio de su cargo o función, o con ocasión de ellos, omiten el cumplimiento de sus deberes, abusan o se extralimitan en ellos.

³⁴⁹ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Disciplinado. Juan Carlos Duarte Torres – Presidente de ECOGAS – Rad. 162-83939-2003. 27/11/2006 - Procurador Delegado para la Moralidad Pública. Silvano Gómez Strauch.

³⁵⁰ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Disciplinado. Rafael Ignacio Rojas López – Gerente de la Lotería de Boyacá. Fallo de Segunda Instancia – Rad. 094-3877-05 –Procurador Delegado. Mario Roberto Molano -15/03/2007.

³⁵¹ Procuraduría Segunda Delegada para la Moralidad Pública. Rad. 080-03154-2004, Fallo de Segunda Instancia, Procurador Delegado. Mario Roberto Molano, 2005.

Para el efecto, el ente de control disciplinario hace un llamado de atención a todas las entidades que manejan recursos públicos a que se realicen esfuerzos importantes a la hora de planear la contratación, desde la solicitud de recursos a la respectiva instancia estatal, hasta el desarrollo de las convocatorias públicas y su adjudicación. Pues el principio de planeación resulta vital para gerenciar lo público; por ello no solo se invita a dar cumplimiento a la normatividad vigente, sino a reglamentar internamente, en el caso de las entidades no sujetas al Estatuto General de Contratación, el desarrollo paso a paso, de la planeación contractual y las responsabilidades que cada área tendrá desde su competencia.³⁵²

3.5.1.3. Responsabilidad fiscal del Servidor Público.

Al volver a mirar el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 se advierte que los servidores públicos responderán *disciplinaria, civil y penalmente* por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. No obstante, el artículo en mención no hace alusión expresa a la responsabilidad fiscal.

Sin embargo, dado que la contratación estatal es una herramienta de gestión; en este sentido el servidor público al adelantar las actuaciones enmarcadas en las reglas de la contratación estatal, ejerce actos propios de la gestión fiscal, y en esa circunstancia puede ser sujeto de responsabilidad fiscal que eventualmente se derive de la misma, por daños al patrimonio público producido dentro de ese proceso contractual.³⁵³

Se entiende entonces, que los servidores públicos con competencia para ello, al celebrar contratos estatales ejercitan gestión fiscal, pues mediante ese instrumento de gestión administran recursos públicos con la finalidad de alcanzar los propósitos finalísticos que le son propios al Estado de manera general (Art. 1º de la C.P.) y los específicos de la contratación contenidos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, dado el vacío legal comentado, el legislador introduce una importante modificación a través de la Ley 1474 de 2011 en su artículo 114³⁵⁴ que precisa las facultades de investigación de los organismos de control fiscal, otorgándoles la posibilidad

³⁵² CARREÑO GÓMEZ, María Eugenia. Recomendaciones Para la Elaboración de Estudios Previos – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas, *OP., Cit*, Págs. 13-14.

³⁵³ En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno – que originó la Ley 80 de 1993 – se advierten varias conductas constitutivas de responsabilidad por parte de los servidores públicos, las cuales solo producirían específicamente una responsabilidad fiscal si como consecuencia de ellas se produce un concreto y estimable daño al patrimonio público: “La iniciación de procesos de selección de contratistas sin que exista la autorización necesaria para ello; contratar sin que en el presupuesto respectivo exista la apropiación para efectuar el gasto que se pretende contratar; contratar sin que se haya realizado o completado los estudios, proyectos de factibilidad o diseños del bien o servicio objeto de la futura contratación; cuando no se adjudica el contrato sin que exista causa justificada para ello; por no tomar las medidas necesarias tendientes a restablecer la economía del contrato” etc”.

³⁵⁴ Artículo 114 de la Ley 1474 de 2011. *Facultades de investigación de los organismos de control fiscal.* Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades: a) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado; e) En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público.

de adelantar las investigaciones necesarias para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado.

Por lo tanto, podemos ver una claridad en el panorama antes comentado acerca de la inexistencia expresa de una norma alusiva a la responsabilidad fiscal en materia de contratación estatal y de manera específica acerca del daño patrimonial al estado.

Continuando con nuestro análisis encontramos que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) Un daño patrimonial al Estado; b) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) Un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento en que se reúnan éstos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

De los tres elementos el daño es el elemento más importante, pues a partir de éste se endilga la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal.³⁵⁵

Así las cosas, la ley define el daño patrimonial al Estado, como: *“la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna (...) Dicho daño puede ocasionarse por acción u omisión”*³⁵⁶

Entonces, de acuerdo con los anteriores presupuestos y de lo conceptualizado tanto por la doctrina³⁵⁷ como por el Consejo de Estado³⁵⁸ habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal de los servidores públicos implicados al observar que dentro de un contrato estatal se producen menoscabos al patrimonio público con ocasión de sobrepagos o sobrecostos, obviamente, si dentro del proceso de responsabilidad fiscal se determina que hay un daño integral y que su conducta se adecua a los demás elementos estructurales que componen la responsabilidad fiscal, así mismo, han establecido las instancias comentadas que frente a la eventualidad del sobrepago también responderán quienes hayan actuado como supervisores del contrato si su comportamiento no se adecuó a las exigencias funcionales de cuidado y preservación de los intereses públicos o si con la transgresión de las normas o estipulaciones contractuales, llegaron a generarse sobrecostos

³⁵⁵ Concepto emitido por Adriana Magali Matiz Vargas – Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Tolima. 30 de Septiembre de 2003.

³⁵⁶ Artículo 6º de la Ley 610 de 2000. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público

³⁵⁷ AMAYA OLAYA. Uriel A. Teoría De La Responsabilidad Fiscal - Aspectos Sustanciales y Procesales, Primera edición. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Primera edición, 2002, 243-244 p

³⁵⁸ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón, con fecha 3 de octubre de 1995.

en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal.

Coincidiendo con lo anterior, el legislador establece de manera expresa en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 “Nuevo Estatuto Anticorrupción”, la determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal e incluye dentro de las conductas que dan lugar a culpa grave para el gestor fiscal aquella que implica la omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y la aceptación sin justificación objetiva de ofertas que superen los precios del mercado y que de igual manera se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito.³⁵⁹

De igual manera, mediante el presente artículo en sus párrafos 1° y 2°, la Contraloría queda facultada para ordenar a los comerciantes que exhiban los libros, comprobantes y documentos de contabilidad, o atiendan requerimientos de información, con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación del sobreprecios en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas o privadas que administren recursos públicos, so pena de las sanciones del caso, que para los particulares se tasarán entre cinco y diez salarios mínimos legales mensuales.³⁶⁰

De lo anterior se infiere la intención del legislador de fortalecer y facilitar la labor investigativa de la Contraloría General de la República para demostrar con mayor precisión la razonabilidad o desproporción del contrato, desde el punto de vista del precio y de la utilidad recibida a través de un estudio de los precios del mercado del bien, servicio u obra,³⁶¹ del cual pueden hacer parte como material probatorio los comprobantes, libros, facturas y documentos de contabilidad de los comerciantes involucrados en la contratación que generó los sobreprecios.

En este sentido, tal y como lo había manifestado la Contraloría en diferentes oportunidades, para efectos probatorios en el proceso de responsabilidad fiscal por sobreprecios, debe señalarse que las cotizaciones por sí solas sobre un mismo producto no tienen mayor mérito, pues suele suceder que en la actividad comercial, los comerciantes vendan a diferentes precios un mismo producto, por tanto, la responsabilidad fiscal debe fundarse en

³⁵⁹ Artículo 118 de la Ley 1474 de 2011. *Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal*. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave. Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título. Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos: b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

³⁶⁰ Párrafo 1° del Artículo 114 Ley 1474 de 2011.- Para el ejercicio de sus funciones, las contralorías también están facultadas para ordenar que los comerciantes exhiban los libros, comprobantes y documentos de contabilidad, o atiendan requerimientos de información, con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobreprecios en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas o privadas que administren recursos públicos. Párrafo 2°. La no atención de estos requerimientos genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasarán entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos legales vigentes.

³⁶¹ GÓMEZ LEE, Iván Darío, “Contratación Visible – Manual para un buen control de recursos en la contratación pública”, *Op., Cit.* 115p.

el perjuicio causado al Estado. Por tanto, para que las cotizaciones tengan un verdadero valor probatorio, debe cotizarse el bien de las mismas características y marca en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar.³⁶²

Lo anterior se ve reflejado en los diferentes fallos que ha emitido la Contraloría General de la República, tanto a nivel nacional como territorial, en los cuales determina que hay responsabilidad fiscal al realizar contratos con sobrepuestos, es decir, cuando se paga un mayor valor de lo que en realidad cuestan en el mercado algunos bienes, obras o servicios.

Para el efecto, encontramos el proceso adelantado por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá, confirmado en fallo de segunda instancia con responsabilidad fiscal por valor de \$1.321.320.000 en contra del ex Secretario de Educación Abel Rodríguez Céspedes; el Subsecretario Administrativo, Ángel Augusto Pérez, y los funcionarios de la Secretaría Yaneth Liliana González Vargas, Catherine Castellanos y Jairo Iván Lozano Agudelo, originado en la compra del predio El Clavel, localizado en la vereda el Mochuelo bajo de la localidad de Ciudad Bolívar, que conllevaron al detrimento patrimonial al distrito Capital por el monto antes señalado.

Del proceso se extractan los siguientes hechos:

“Inicialmente, la Secretaría de Educación proyectó la compra de un predio de 14.911.20 M2, los cuales no pudieron ser legalizados porque se trataba de un predio rural con derechos reales de dominio (es decir, pertenecía a cuatro herederos que aún no habían desenglobado su parte correspondiente), razón por la cual decidieron ampliar la compra a 51.879.68M2, y adquirir el total del inmueble por 60.122.71 M2.

El menoscabo al patrimonio de la Secretaría de Educación, corresponde a la suma de dinero pagada de más del precio normal en la adquisición del inmueble por M2, pues se pagó a razón de \$24.800 M2, para un total de \$1.491.043.208, cuando el valor real correspondía a \$3.500 M2, para un valor de \$210.429.485, generando un detrimento patrimonial en cuantía actualizada en la suma de \$1.321.320.000.

El vendedor en el mismo período de adquisición del predio por parte de la Secretaría de Educación, logró comprar las cuotas partes del predio en la suma de \$180.000.000, mientras que la Secretaría en el mismo período pagó la suma de \$1.491.043.208.

Así las cosas, la Contraloría de Bogotá, D.C. mediante auto 002 del 5 de enero de 2009, resolvió imputar cargos al accionante, porque en su condición de Secretario de Educación, suscribió la oferta, la promesa y la escritura de compraventa de un predio por un mayor valor.

El 24 de junio del mismo año, la Contraloría Distrital decide fallar declarando responsable fiscalmente al señor Abel Rodríguez Céspedes y demás implicados, por lo tanto, se solicita su inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales ante la Contraloría

³⁶² Concepto “Contratación Pública – Sobrecostos – Responsabilidad Fiscal – Viabilidad” emitido por Adriana Magali Matiz Vargas – Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal – Contraloría Departamental del Tolima, 30 de septiembre de 2003.

*General de la República y en el registro de inhabilidades de la Procuraduría General de la Nación del fallo con Responsabilidad Fiscal proferido”.*³⁶³

Tanto del fallo de Responsabilidad Fiscal como del pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de este caso, se destaca el énfasis en el “ *actuar doloso o culposo a título de culpa grave del señor Abel Rodríguez Céspedes, deviene de la negligencia en el actuar como Secretario de Educación y persona responsable de la adquisición del terreno, que permitió con su conducta se afectaran las finanzas del erario al pagar un mayor valor al que correspondía según avalúo comercial y el informe técnico expedido por el Departamento Administrativo de Catastro Distrital. Su actuación fue negligente, porque como lo señala el fallo de responsabilidad fiscal, adelantó la compra en un período tan extenso (Agosto de 2005 hasta Agosto de 2006) y con tantas modificaciones, pero su actuar se limitó a la firma de documentos que legalizaron la compra en dos días para la primera adquisición a través de la promesa de compraventa del 21 de diciembre de 2005 y de un día para la suscripción de la adición No. 1 de la promesa de compraventa, que se llevó a cabo el día 13 de junio de 2006, cuando su deber era estar vigilante a que se cumpliera cabalmente con todos y cada uno de los pasos señalados en el procedimiento establecido para la adquisición de predios, garantizando los cometidos estatales”*

Sostiene la Corte Constitucional³⁶⁴, “*existe un nexo e causal inmediato, pues en su condición de Secretario del Despacho si no hubiera suscrito el contrato de compraventa por valor de \$1.491.043.208, apresurada e inconsideradamente, inobservando el procedimiento administrativo, el Distrito no hubiera perdido la suma de \$1.321.320.000, suma actualizada y por el contrato se hubiese pagado el justo precio por el predio”*

Agrega la misma que “*El nexo causal entre tales elementos aparece evidenciado en el actuar omisivo del Dr. Abel Rodríguez Céspedes, al no dirigir en forma adecuada la contratación, seleccionar al contratista, adjudicar el contrato, y controlar su correcta e idónea ejecución del contrato de compraventa del predio el clavel, dando como resultado el hecho dañoso que produjo la merma al patrimonio del Distrito Capital, ocasionando una conducta omisiva irregular, al permitir que se violaran o transgredieran normas de procedimiento contractual, como la Ley 80 de 1993, Resolución No. 911 del 1º de abril de 2004, que como servidor público ordenador del gasto, responsable de la contratación, debía velar por que se cumpliera en debida forma los fines del Estado propuestos a través de la celebración del contrato objeto del presente proceso”*

Por otra parte, dentro de la presente investigación, encontramos otro proceso de responsabilidad fiscal por sobrecostos en contra de la señora Maria del Carmen Roldan Arango, en su condición de alcaldesa del Municipio de Santa Rosa de Osos, por el detrimento patrimonial que causó a dicha entidad territorial, con motivo de la celebración y ejecución de los diferentes contratos estatales que tenían por objeto la construcción y puesta en funcionamiento del Terminal de transportes de ese municipio, en cuantía de \$361.833.131.00, debido a la falta de planeación de tales obras y muy particularmente por las graves falencias presentadas en la realización de los estudios previos.

Manifiesta el ente de control lo siguiente:

³⁶³ Contraloría Distrital de Bogotá D.C., Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 50100-046/08.

³⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-610/10 – M.P. Humberto Sierra Porto, 5 de Agosto de 2010.

*“El sobreprecio surge del cálculo del detrimento patrimonial ocasionado derivado de la ejecución del contrato No. 047 de 1997, celebrado por el Municipio de Santa Rosa de Osos con la sociedad **JESUS ALIRIO MONSALVE GOMÉZ Y CÍA LTDA**, para la ejecución por el sistema de precios unitarios, de todas las obras necesarias para la construcción de la primera etapa de la Terminal de Transporte, por valor de \$980.418.11.oo, poniendo de presente que dicho contrato fue adjudicado dentro del proceso de contratación directa sucedáneo a la Licitación Pública No. 001 de 1996, que fue declarada desierta.*

En primer lugar, la firma contratista había presentado en la frustrada licitación una propuesta por valor de \$963.009.016.oo y al participar un mes después en el proceso de contratación directa, radicó una nueva propuesta por valor de \$981.000.000.oo, razón que fue determinante para obtener la adjudicación del contrato. Luego de calificar injustificado el hecho de que la segunda propuesta hubiese tenido en tan corto tiempo un incremento de \$17.990.984.oo – pues en el fondo se trataba de los mismos ítems y las mismas cantidades de obra, - explicó que en el cálculo de los sobrecostos se tomaron como precios reales del mercado los indicados por la firma contratista en su primera propuesta, pero ajustando el valor del ítem 2.4. “Llenos con material de préstamo”, a partir de los precios propuestos para el mismo ítem por quienes participaron como proponentes en la Licitación Pública No. 001 de 1996.

Según las pruebas documentales y testimoniales, el Municipio de Santa Rosa pagó lo siguiente: **Por obra adicional ordinaria y adicional: \$563.379.655, por obra extra no pactada: \$354.947.109.oo, por reajuste de precios: \$59.854.423.oo y por intereses por mora en el pago: \$24.715.057.oo.**

*“Si la Administración hubiera contratado a precios de mercado de la época de la zona, el pago hubiera sido el siguiente, por la misma actividad desarrollada, tal y como se desprende de los análisis elaborados y que obran en el expediente, así: **Por obra adicional ordinaria y adicional: \$169.683.770 (Costo real \$393.695.885.oo), por reajuste de precios: \$40.512.730.oo (Costo real \$19.341.693.oo). Total sobrecosto por obra ordinaria, adicional y reajuste \$210.196.500.oo. Se resalta que en los precios de obra extra por \$354.947.109.oo no se advirtió sobrecosto alguno.***

Argumenta la Contraloría que para calcular los sobrecostos se vio precisada a tomar como referente los precios propuestos por los cinco proponentes que participaron en la Licitación 001 de 1996, por considerar que los mismos eran representativos de los precios vigentes en la zona, ya que la administración municipal no realizó en su momento un estudio de mercado que hubiese podido tenerse como parámetro, y es que los precios del mercado se conocen por lo expresado por las diferentes empresas que pertenecen al ramo de la ingeniería; y para el caso se podía tomar en cuenta las que fueron presentadas en diferentes oportunidades al Municipio de Santa Rosa de Osos.

Por tanto, se falla con responsabilidad fiscal dentro del proceso 27-043-2001, en contra de la señora Maria del Carmen Roldan Arango, Ex – Alcaldesa del Municipio de Santa Rosa de Osos y el señor Nelson Darío Cardona Cardona, Ex secretario de Planeación de dicho municipio, quienes debieron responder de manera solidaria, a título de culpa grave, por la

suma de \$317.396.715.00 por las razones anteriormente planteadas y además se dicta medida cautelar de embargo de bienes y honorarios y prestaciones de los mismos.³⁶⁵

De igual manera tenemos, el proceso de responsabilidad fiscal en contra de la señora Clara Luz Jaramillo, quien ocupó el cargo de gerente de las Empresas Públicas de Armenia E.S.P., por sobrecostos en el contrato No. 001 de 2002 celebrado con la firma Odinec S.A. para la *administración y suministro de biotecnología para el manejo de los residuos sólidos*.

“Dicho contrato se suscribe por un valor de \$500.000.000, con el tiempo surgieron una serie de complicaciones que dieron lugar a firmar otros contratos, para pagar la adecuación del terreno y los servicios públicos, enganche de personal para el manejo de los residuos y facilitó la maquinaria, adición que ascendió a la suma de \$400.000.000.00

Los contratos firmados con la Precooperativa de Recicladores Nuevo Horizonte ascendieron a la suma de \$163.400.000; así mismo, para llevar a cabo el convenio con Odinec celebró varios contratos de arrendamiento de maquinaria por \$120.000.000.00

De allí se desprende que la firma Odinec, no asume costo alguno para llevar a cabo su contrato, puesto todo se hace con el presupuesto de la EPA.

Concluye la Contraloría Municipal de Armenia, que dados los elementos probatorios aportados al proceso, el contrato suscrito con Odinec solo originó sobrecostos para Empresas Públicas de Armenia ESP, ya que éstos sobrecostos aumentan el valor del contrato y no se ajustan a la realidad de la ciudad ni al acontecer público; en consecuencia, se perjudica al erario público, produciéndose un daño al patrimonio.

El total cancelado por la EPA para llevar a cabo el contrato con la firma ODINEC, se discrimina así: \$500.000.000 - Contrato adicional, \$27.893.206 - Metropolitana de Aseo, \$60.708.916 - Cartagueña de Aseo, \$19.851.040 - Peajes, \$163.400.000 - Precooperativa de recicladores, \$15.000.000 – Cooperativa de caficultores y \$120.000.000 – Arrendamiento de maquinaria”.

En consecuencia, se vislumbra dentro de este proceso la realización de un adicional al contrato inicial, aumentando el valor del contrato en \$500.000.000 y además una serie de contratos adicionales que generaron sobrecostos injustificados y que perjudicaron el patrimonio público; por lo tanto se falla con responsabilidad fiscal y se condena a la funcionaria en cuestión a devolver la suma de \$906.000.000.³⁶⁶

Por último, podemos señalar de manera breve otros procesos al respecto, tales como el proceso de responsabilidad fiscal en contra del Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de la época, el Director de Contratación y Compras de la EAAB para la época de los hechos y la Directora de entonces de la Red Troncal Alcantarillado de la EAAB, en cuantía de \$5.436.628.716; con ocasión de los sobrecostos y

³⁶⁵ Consejo de Estado – Sección Primera – Consejero Ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta – Actor: Maria del Carmen Roldan – 22 de julio de 2010.

³⁶⁶ Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 008 del 19 de mayo de 2003, Contraloría Municipal de Armenia – Responsable Fiscal: Clara Luz Jaramillo Henao.

mayores cantidades de obra generados en la construcción de la presa cantarrana³⁶⁷, así como también el proceso de responsabilidad fiscal abierto con ocasión del mayor valor pagado por la Empresa Aguas de Bogotá S.A. ESP, al adquirir el 86% de la participación accionaria de la empresa Gestaguas S.A. y el interés social de las Empresas Hydros Chía S en C.A. ESP, Hydros Melgar S. en C.A. e Hydros Mosquera S. en C.A. ESP.³⁶⁸

En ambos procesos se configura y falla con responsabilidad fiscal en contra de los implicados por los sobreprecios generados y por ende, el detrimento patrimonial ocasionado al erario público.

De lo anterior se infiere que si con la transgresión de las normas o estipulaciones contractuales, llegaren a generarse sobreprecios en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal.

No obstante, ha afirmado el ente de control, los sobrecostos deben ser corroborados a través del material probatorio conducente que evidencie si hubo omisión en los análisis precontractuales, sobre la viabilidad económica de la futura contratación, o la intención positiva de defraudar el erario.

Al respecto ha precisado la Contraloría General de la República, para efectos probatorios en el proceso de responsabilidad fiscal de esta forma de causar detrimento al Estado, debe señalarse que las cotizaciones por sí solas sobre un mismo producto no tienen mayor mérito, pues suele suceder que en la actividad comercial, los comerciantes vendan a diferentes precios un mismo producto, por tanto, la responsabilidad fiscal debe fundarse en el perjuicio causado al Estado. Por tanto, para que las cotizaciones tengan un verdadero valor probatorio, debe cotizarse el bien de las mismas características y marca en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En resumen indica la Contraloría General de la República que los sobrecostos deben ser analizados bajo la perspectiva de la gestión fiscal, determinando si ésta fue ceñida a los parámetros contractuales, o si por el contrario ajena a aquella, y consecuentemente atentatoria del patrimonio del Estado.³⁶⁹

3.5.1.4. Responsabilidad Civil de la Entidad y del Servidor Público

El artículo 50³⁷⁰ de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas.

³⁶⁷ Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170100-0091/09 - Contraloría Distrital de Bogotá.

³⁶⁸ Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 50100-0092/06 - Contraloría Distrital de Bogotá.

³⁶⁹ Concepto “*Contratación Pública – Sobrecostos – Responsabilidad Fiscal – Viabilidad*” emitido por Adriana Magali Matiz Vargas – Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal – Contraloría Departamental del Tolima, 30 de septiembre de 2003.

³⁷⁰ Artículo 50 de la Ley 80 de 1993. De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Así mismo, tal y como lo habíamos enunciado, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 indica que los servidores públicos responderán *disciplinaria, civil y penalmente* por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

Para el efecto, tenemos que la responsabilidad civil, se genera por el daño patrimonial o económico que el servidor público cause con su actuar activo u omisivo antijurídico, al contratista o a terceros; por lo tanto, el servidor público, se verá sometido a un proceso de responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción ordinaria. Donde en caso de resultar vencido será obligado a cancelar el daño emergente y el lucro cesante.³⁷¹

De lo anterior, se desprende, la obtención de indemnizaciones por parte de los particulares afectados, además del empleo de medidas cautelares de embargo y secuestro y el remate de bienes.³⁷²

Al respecto, encontramos que a partir de la Constitución de 1991, por disposición expresa del artículo 90 superior³⁷³, se consagró la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

También encontramos que del inciso segundo de la norma en mención se desprende la denominada **acción de repetición**³⁷⁴ y a su vez del artículo 19 el **llamamiento en garantía**.³⁷⁵

Ambas figuras están limitadas a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la acción de repetición debe ejercitarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente

³⁷¹ DOMINGUEZ GIRALDO, Gerardo, El Control Fiscal en la Contratación Pública, *Op. Cit.*, p. 66-67.

³⁷² Artículo 58 de la ley 80 de 1993. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedores a: 1o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

³⁷³ Artículo 90 de la C.P. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

³⁷⁴ Artículo 2o de la Ley 679 de 2001. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

³⁷⁵ Artículo 19 de la Ley 679 de 2001. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

Parágrafo. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

culposa del agente estatal, siempre que haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado y a su vez el llamamiento en garantía que de acuerdo a los lineamientos del artículo 57³⁷⁶ del Código de Procedimiento Civil sólo podrá hacerse a quien por disposición legal o contractual esté obligado a ayudar al demandado a soportar la carga que se le pueda imponer en la sentencia que obliga a indemnizar, relación sustancial que frente al funcionario o ex funcionario del Estado tiene su origen directamente en el inciso 2º del artículo 90 en mención.³⁷⁷

Pues, si bien es cierto el llamamiento en garantía puede hacerse efectivo debido al adelantamiento de un proceso en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y acción contractual, también lo es que del resultado de esos procesos surja la obligación para el estado de pagar una indemnización a favor de un particular, para que ésta pueda incoarse.

En síntesis, tanto la acción de repetición como el llamamiento en garantía, persiguen los mismos fines, es decir, obtener del agente la restitución del valor de la condena que tendrá que pagar el Estado como consecuencia de su actuar doloso o culposo. Sin embargo, la principal diferencia entre estas dos figuras consiste en que el llamamiento en garantía requiere ser propiciado dentro del proceso, y termina al mismo tiempo con el mismo fallo en el cual se condena al Estado, mientras que la acción de repetición requiere para instaurarse una sentencia condenatoria preexistente.³⁷⁸

En consecuencia, es conveniente advertir que una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y que se pueden exigir por vía de la acción de repetición a los funcionarios que actuaron con dolo o culpa y otra es la responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular, que se puede hacer exigible mediante un proceso de responsabilidad fiscal ante la Contraloría.³⁷⁹

Lo anterior implica que cuando se celebra un contrato estatal con sobrepuestos, se configura un daño al patrimonio público de todos los administrados, sin embargo, al analizar las características propias de las dos figuras jurídicas mencionadas, puede inferirse que éstas no operan en tratándose de sobrepuestos, pues precisamente para ello en nuestro ordenamiento jurídico se han implantado figuras tales como la acción popular y además la responsabilidad que debe operar en este caso es la fiscal pues de ella también se deriva la recuperación de los dineros mal invertidos o perdidos con ocasión de sobrepuestos en un contrato estatal.

3.6. Responsabilidad del contratista

³⁷⁶ Artículo 57 del Código de Procedimiento Civil. LLAMAMIENTO EN GARANTIA. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

³⁷⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera - Sentencia No. 17001-23-31-000-2003-01303-01 (28211) del 25 de agosto de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacios.

³⁷⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Op., Cit., 607-608p.

³⁷⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, OP., Cit., 606p.

El artículo 52 de la Ley 80 de 1993 establece que: “*Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley*”.

De lo anterior se extracta que el contratista es sujeto únicamente de dos tipos de responsabilidad, la civil y la penal, no obstante, el legislador se ha asegurado mediante la expedición de otras normas que los particulares intervinientes en la contratación respondan también a nivel fiscal y disciplinario.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal, los contratistas además de obligarse a cumplir con las obligaciones propias del contrato que suscriban con la entidad estatal deben acatar las normas previstas en el ordenamiento jurídico al respecto, especialmente, los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 23³⁸⁰ de la Ley 80 de 1993.

Por tanto, puede decirse que los contratistas que en concordancia con la entidad suscriban contratos estatales con sobrepuestos estarían incumpliendo con los principios mencionados y por ende, estarían obligados a responder civilmente, con su patrimonio personal para resarcir el daño ocasionado al patrimonio público.³⁸¹

Ahora bien para establecer la responsabilidad civil de los contratistas, lo primero que se debe hacer es iniciar un proceso ordinario para determinar si hubo o no responsabilidad del contratista y al mismo tiempo un proceso ejecutivo, en el cual a través del empleo de medidas cautelares de embargo y secuestro y el posterior remate de bienes, se pueda recuperar los dineros que fueron a parar en manos de los mismos.

No obstante, como es bien sabido, el proceso ordinario es muy prolongado, a diferencia de la acción popular o del proceso de responsabilidad fiscal que son procesos más expeditos y pueden ayudar a recuperar los dineros en un menor tiempo, entonces es a través de dichos mecanismos y gracias a la solidaridad consagrada en el artículo 119 del Estatuto Anticorrupción que podríamos en un momento dado adelantar la recuperación del dinero público que posiblemente fue a parar en manos del ordenador del gasto, el contratista y demás terceros involucrados en los sobrepuestos.

De igual manera encontramos que el contratista también responderá penalmente. Lo anterior se precisa en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993³⁸², al indicar que para efectos penales el contratista se considera un particular que cumple funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las

³⁸⁰ Artículo 23 de la Ley 80 de 1993. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía, y responsabilidad y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicaran en las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

³⁸¹ DÍEZ-PICAZO Luis y GULLÓN Antonio: Sistema de derecho civil, vol. II, Tecnos, 1989.

³⁸² Artículo 56 de la Ley 80 de 1993. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Por tanto, esta regla implica que la ley asimila los contratistas a los servidores públicos para efectos de la aplicación de tipos penales; en consecuencia, se observa que el legislador quiso judicializar y no dejar por fuera del ámbito de la responsabilidad a muchos particulares tras bambalinas en materia de contratación, algunos con interés especial en la adjudicación o en la celebración de un contrato con el Estado y otros que manejan bienes o recursos públicos que deban someterse a un régimen jurídico especial.³⁸³

Es decir, el contratista deberá responder civil y penalmente, por las conductas dolosas y culposas en que incurra en su actuar contractual, tales como participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad e incompatibilidad en que se hallen incursos, cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada, por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entreguen bienes o presten servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato o presentar propuestas por encima de los precios del mercado teniendo la aprobación de funcionarios de la entidad, entre otros.³⁸⁴

No obstante, la Corte Constitucional ha querido dar claridad a este punto precisando, que el legislador a los particulares no les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares, pues tal tratamiento tiene una justificación objetiva y razonable y es pretender garantizar que los fines que persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que en principio, no está vinculado por ellos.³⁸⁵

Dicha equiparación comporta en el ámbito penal que se puede estar incurso, entre otras conductas punibles, en cualquiera de las infracciones propias de la contratación administrativa, tales como, la violación al régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, la celebración indebida de contratos y contratos sin cumplimiento de requisitos legales, consagrados en los artículos 408, 409 y 410 de la Ley 599 de 2000, entre otros.³⁸⁶

Por ejemplo, entratándose del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, en principio, el sujeto activo de este delito es un servidor público; sin embargo, tal y como lo establece la Ley 80 de 1993; se incluye dentro de los autores de ésta conducta punible también al contratista, al interventor, al consultor y al asesor, a quienes se

³⁸³ En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública* “Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación Pública, *O.P. Cit.*, p. 365 – Cita a SALAZAR REYES, *Op. cit.*, p. 58 y 61.

³⁸⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *“La responsabilidad del servidor público en el Nuevo Estatuto de Contratación”* En comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 1994. Pág. 241-242

³⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 18158, Noviembre 10 de 2004, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

considera particulares que cumplen funciones públicas para los efectos de estos tipos penales.³⁸⁷

Así mismo, el contratista podría incurrir en el delito de peculado como determinador cuando se apropie de bienes del Estado o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares cuya administración o custodia se le hayan confiado por razón del contrato.³⁸⁸ Lo cual se podrá presentar en múltiples eventos, como cuando se realice un contrato de prestación de servicios en el cual estén involucrados bienes públicos (para su aseo, mantenimiento o reparación) o cuando el objeto del contrato de obra sea la remodelación de un inmueble; o en los contratos de consultoría, asistencia y servicios en los cuales haya custodia de bienes públicos, evento en el cual si se los apropia deberá responder por la comisión de dicho delito.³⁸⁹

De igual manera, pueden también ser partícipes en la comisión del delito de peculado (o malversación) aquellos particulares que a pesar de no tener ninguna de las calidades descritas intervengan en la comisión de algunas de las modalidades de peculado. En este evento la mayoría de la doctrina considera que el particular que auxilia al funcionario para que éste sustraiga los caudales públicos a su cargo responde como partícipe del delito de peculado; pero cuando el particular se apropia de los caudales, responde como autor de un delito contra el patrimonio, de una estafa, hurto o de un robo.³⁹⁰

Ahora bien, dados los anteriores supuestos puede decirse que cuando un contratista presenta una propuesta y celebra un contrato de cuyo contenido se desprenden sobreprecios, se presume el conocimiento de dicha situación. Es decir, puede inferirse salvo prueba en contrario, que el contratista con conocimiento de causa presenta una propuesta y suscribe un contrato con precios superiores a los del mercado y se hace beneficiario de unas sumas de dinero extra que no tendrían porque pagársele.

Así las cosas, encontramos que el contratista viola los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, además de los postulados que rigen la función administrativa en coautoría con los servidores públicos involucrados en la contratación; por tanto, entraría a responder penalmente por la violación de dichos principios y las demás normas que hemos mencionado anteriormente.

Por otra parte, coincidiendo con los anteriores presupuestos el legislador quiso vincular penalmente a las personas jurídicas que se hayan beneficiado de la comisión de delitos contra la administración pública o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores directa o indirectamente y de igual manera cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas

³⁸⁷ En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública* “Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación Pública, *Op. Cit.*, p. 365 - cita a SALAZAR REYES “De los Delitos en la Contratación Estatal” Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá p. 57; GOMEZ MENDEZ A. y GOMES PAVAJEAU, C.A. “Delitos Contra la Administración Pública”, Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 2008, p. 402.

³⁸⁸ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *Ibid.*, *Op.* 243-244

³⁸⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública*, *Op. cit.*, p.521-522

³⁹⁰ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública*, *Op. cit.*, p.518

podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellos.³⁹¹

Dichas personas jurídicas independientemente de las responsabilidades individuales serán objeto de la imposición de las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004³⁹² y de conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995³⁹³ de la imposición de multas que van desde los quinientos (500) a dos (2000) mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la administración pública.

Además, de las responsabilidades mencionada encontramos que los contratistas e interventores también responden fiscalmente.³⁹⁴ Es decir, los particulares involucrados en la contratación estatal responden no solamente cuando maneje o administre recursos o fondos públicos, sino también cuando a pesar de no administrar directamente los recursos públicos incidan en los desmedros que se causen al patrimonio público.³⁹⁵

Por lo tanto, los contratistas no solamente son objeto de responsabilidad fiscal, sino que también una vez adelantado y ejecutoriado el juicio correspondiente, entrarán a responder con su patrimonio y les podrá ser impuesta una de las sanciones más severas y gravosas previstas para un contratista en la Ley 80 de 1993, cual es la declaratoria de caducidad administrativa que genera una inhabilidad de cinco (5) años para contratar con el Estado.³⁹⁶

No obstante, para determinar si un contratista es responsable fiscalmente es necesario analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, órdenes de servicios, memorandos y cualquier otro instrumento que materialice su responsabilidad o que configure una causal eximente de la misma. Además, una vez acaecido el daño, debe determinarse si con la actividad contractual a través de acciones u omisiones, ocasionan menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida, uso indebido o deterioro en los recursos

³⁹¹ Artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

³⁹² Artículo 91 de la Ley 906 de 2004. *Suspensión y cancelación de la personería jurídica*. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

³⁹³ Artículo 86 de la Ley 222 de 1995. Otras funciones. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones: 3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

³⁹⁴ Artículo 61 de la Ley 610 de 2000: Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, la Contraloría solicitará a la entidad correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

³⁹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Secretaría General de fecha 2 de marzo de 2010, Expediente 1100103150002005055800 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³⁹⁶ El artículo 8º de la Ley 80 de 1993 prevé en el literal c), que quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad, quedaran inhabilitados para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad.

públicos, por ende, se deberá realizar un examen sobre el contenido de la actividad y si entraña o no gestión fiscal y en segundo lugar, valorar si actuó con prudencia, cuidado y previsión, o si por el contrario actuó con dolo o culpa grave.³⁹⁷

En consecuencia, puede decirse que el contratista entraría a responder fiscalmente junto con los funcionarios involucrados cuando como proponente futuro contratista, saque provecho de la omisiones o errores en el estudio de mercado en que incurra la entidad, pues se vislumbra mala fe en su actuar, ya que él experto en su negocio, en forma amañada saca provecho de errores ostensibles de la administración, al comprobarse que no hay razonabilidad o proporción del contrato, desde el punto de vista del precio y la utilidad recibida, rompiéndose así el equilibrio o justa medida que debe existir entre lo que cuesta el producto en realidad y lo que se pagó por parte de la entidad.³⁹⁸

Por su parte, el legislador queriendo dejar claridad en la responsabilidad fiscal de los particulares, consagra en el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011 en sus numerales b, c y d, la facultad otorgada a la Contraloría para citar o requerir no solamente a los servidores públicos sino también a los contratistas, interventores, proveedores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación y así mismo, exigirles la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados, comprobantes y documentos de contabilidad.³⁹⁹

De igual manera, encontramos como sujetos de responsabilidad disciplinaria a los particulares que ejercen funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con éstas y a quienes administren recursos públicos u oficiales y así mismo a al representante legal y a los miembros de la Junta Directiva de las personas jurídicas que participan en los procesos contractuales, pues el legislador ha considerado que los contratista ejercen función pública a través de la suscripción y ejecución de un contrato con una entidad estatal a través de la cual coadyuvan al cumplimiento de los fines estatales.⁴⁰⁰

Lo anterior implica que los contratistas vienen a responder en igual manera que los servidores públicos en materia civil, penal, disciplinaria y fiscal, especialmente cuando se trata de conductas que involucran perjuicios para el erario público.

³⁹⁷ Sentencia C-563-98 del 7/10/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz “*Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público*”

³⁹⁸ GÓMEZ LEE, Iván Darío, “*Contratación Visible – Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*”, *OP.*, Cit. 115p.

³⁹⁹ Artículo 114 de la Ley 1474 de 2011.- Literales b) Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación; c) Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; y d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad.

⁴⁰⁰ Artículo 44 de la Ley 1474 de 2011

CONCLUSIONES

- El precio de los contratos públicos debe ser el resultado de un procedimiento de búsqueda de una oferta de mercado, competitiva y ajustada al tipo de prestación realizada, con previa determinación legal o contractual de sus posibles variaciones.
- Uno de los pilares de la contratación pública, en cualquiera de sus modalidades, que se olvida con frecuencia es el principio de la conmutatividad, en virtud del cual el pago que hace la entidad contratante debe ser equivalente a la prestación recibida por el contratista de dar, hacer o no hacer algo. El olvido de este principio es una de las situaciones que generan no solo detrimento al patrimonio público, sino todo tipo de responsabilidades.
- Como quebrantamiento del principio de la conmutatividad surgen los denominados “sobrepuestos” definidos como diferencia que hay entre los precios promedio del mercado y los precios a los que se adquieren los bienes y servicios y específicamente en materia de contratación estatal, como la diferencia que existe entre los precios promedio del mercado y los precios de las propuestas recibidas y/o precios contratados por el Estado y/o precios ejecutados por el contratista, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se originó dicha diferencia.
- La justa medida de lo que se debe pagar, debe establecerse en cumplimiento del principio de planeación, mediante el estudio de precios y condiciones del mercado, valorando que la utilidad que se recibiría es la acostumbrada en negocios de similar naturaleza y además consultando todas las variables posibles a fin de establecer de manera adecuada cuales son los reales precios del mercado de un producto o servicio.
- El Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE se creó con el objeto de ser una herramienta eficaz y moderna para la lucha contra la corrupción derivada de los sobrepuestos pactados en la contratación estatal; no obstante, dadas las excepciones que existen en cuanto a la aplicación del mismo y los problemas de operatividad que se presentan en su ejecución, no es claro hasta qué punto este sistema, ha servido en su totalidad como elemento de referencia para determinar los precios del mercado de un determinado bien o servicio. En consecuencia, la eficacia y propósitos de este sistema se encuentran en tela de juicio, dado que ha contribuido a que los recursos del Estado no se pierdan en los sobrepuestos, pero no en la forma que inicialmente se previó, puesto que sigue siendo insuficiente ante las necesidades que en esta materia requiere suplir el estado colombiano. **Al finalizar el presente trabajo se presenta la derogatoria del SICE mediante el artículo 222 del Decreto - Ley 019 de 2012.**
- El tema del sobrepuesto, se ha asociado como una consecuencia directa de las prácticas corruptas, que está relacionada con los mayores costos de transacción originados por los sobornos o pagos extraoficiales realizados por el contratista a funcionarios públicos en los procesos de compras estatales; estas irregularidades en los procesos de contratación, sumadas a las pérdidas por incumplimiento y a las

condiciones de incertidumbre, generan costos extras que son trasladados a un mayor precio de los bienes y servicios transados, convirtiéndose en una de las causas principales de los sobreprecios.

- La figura de la revisión puede utilizarse para compensar al contratista cuando se presenten alteraciones que impidan recibir la utilidad pactada en el contrato; sin embargo, se ha vislumbrado que a través de su práctica se ha compensado económicamente al contratista durante la ejecución del contrato que presenta una propuesta artificialmente baja o para realizar maniobras fraudulentas, burlando el proceso de selección y haciendo que el contrato sea ejecutado con un precio diferente al pactado en el contrato inicial, así en otra de las formas que originan sobreprecios y que utilizan los corruptos para desangrar el erario público.
- De igual manera, la jurisprudencia y los entes de control han conceptuado que el sobreprecio puede ocasionarse mediante adiciones al contrato, por ejemplo, cuando el contrato se adjudica y se suscribe con un precio fijo o estimado del contrato, dándose en el curso de su ejecución la inclusión de ítems no previstos inicialmente, que pueden terminar aumentando, y aún multiplicando, el precio final del contrato, entre otras formas que implican el pago de mayores valores a los previstos inicialmente y que generalmente están por fuera de los precios del mercado.
- El Consejo de Estado ha emitido muy pocos fallos refiriéndose al tema del sobreprecio, pues al revisar el estado del arte en cuanto al tema que nos ocupa encontramos pocas sentencias que abordan el tema muy por encima; por lo tanto, se hace una invitación en este sentido para que el Alto Tribunal conceptúe y nos de más luces al respecto.
- La nueva ley de contratación y sus decretos reglamentarios no han planteado modificación alguna respecto a acciones que ayuden al resarcimiento inmediato de los dineros extraviados con ocasión de los sobreprecios, tal y como se había planteado en algunos proyectos de reforma a la Ley 80 de 1993; por lo tanto, se hace un llamado a los legisladores y entes de control para hacer un análisis de éste tema y mirar la posibilidad de presentar un proyecto de ley acogiendo la denominada acción de lesión propuesta en el proyecto de Ley 85 de reforma a la Ley 80 de 1993, en el cual se planteó la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de una acción contractual específica para el tratamiento del sobreprecio, que permitieran resarcir los perjuicios del contrato que contenga los mismos, buscando preservar el principio de la conmutatividad de la contratación estatal.
- A contrario sensu, encontramos un fallo arbitral pionero en Colombia, respecto a los contratos con sobreprecios, que establece claramente que en caso de comprobarse la celebración o ejecución de un contrato con sobreprecios, procede la nulidad absoluta del contrato o de los ítems contratados con sobreprecios, cuando se trate de contrato de obra a precio unitario. Dicho fallo representa un progreso de grandes magnitudes frente a este tema, pues deja de lado la incertidumbre que existe frente a la procedencia de la nulidad absoluta en el contrato estatal que adolezca de sobreprecios.

- En Colombia la lesión enorme está contemplada únicamente para contratos de compraventa de bienes inmuebles y en materia comercial para el contrato de mandato cuando ocurre una manifiesta desproporción en la remuneración pactada y hay un desequilibrio pues la remuneración usual para la clase de negocio encomendada es notoriamente inferior a la estipulada; lo cual implica que los demás contratos quedan sin posibilidad de recuperación de los pagado o recibido en exceso.
- La acción popular puede en un momento dado servir como una alternativa viable para suspender o atacar la validez un contrato con sobreprecios, pues con éste se amenaza o vulnera un derecho colectivo, como es la moralidad pública, que se ve mermada por violación del principio de planeación, que redundaría en la protección del interés general que debe perseguirse en toda contratación estatal.
- Una de las maneras de recuperar los dineros extraviados con ocasión de los sobreprecios es a través de lo contenido en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que establece la solidaridad entre el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante, el contratista y las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial, en los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares.
- En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, encontramos que no es clara la violación de un derecho fundamental en cuanto a sobreprecios se trata; pues por ser un mecanismo residual, es improcedente para atacar la legalidad de un contrato con sobreprecios ya que para ello existen los mecanismos alternativos mencionados anteriormente.
- El tema del sobreprecio en Colombia se ha tratado en su gran mayoría a nivel del establecimientos por parte de los entes de control de responsabilidades disciplinarias, fiscales, civiles y penales, concluyéndose al respecto que los servidores públicos, contratistas e interventores involucrados en la ocurrencia de sobreprecios responden de manera conjunta y se les aplican en igual sentido todas las responsabilidades mencionadas.
- El nuevo Estatuto Anticorrupción “Ley 1474 de 2011” refuerza las facultades de los organismos de control fiscal otorgándoles funciones especiales que ayudan a establecer responsabilidades en materias de sobreprecios, tales como incluir dentro del dolo o culpa grave la omisión de los servidores públicos del deber de efectuar comparaciones de precios y además poder ordenar a los comerciantes que exhiban libros, comprobantes y documentos de contabilidad con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobrecostos en la venta de bienes y servicios a las entidades privadas o públicas que administren recursos públicos y así mismo, tienen la posibilidad de sancionar a los comerciantes que no atiendan estos requerimientos y de igual manera ampliar medidas contra las

personas jurídicas y los contratistas que realicen o participen en conductas que atenten contra el patrimonio público.

- Así las cosas, a lo largo de la presente investigación se vislumbra un panorama diferente frente al tema del sobreprecio, pues por mucho tiempo y por desgracia los sobreprecios fueron considerados, como parte de la corrupción gris, es decir, aquella que no toda la sociedad considera perjudicial, sin embargo, el tratamiento del tema del sobreprecio y las intenciones de contrarrestarlo han venido tomando fuerza en todos los niveles que involucran la contratación estatal, llámese entidades públicas, entes de control, legisladores, jueces, etc., quienes han coincidido en que los sobreprecios o sobrecostos en los contratos estatales constituyen uno de los eventos de corrupción que más se presentan y que repercuten mayor gravedad en cuanto al detrimento del patrimonio público, por ello resaltamos la obra del legislador en el último Estatuto Anticorrupción al incluir normas específicas referentes al detrimento patrimonial que se causa por sobreprecios en los contratos estatales y en vista de ello otorgando mecanismos específicos que ayuden a establecer la ocurrencia de sobreprecios y además que los funcionarios, contratistas, interventores y terceros involucrados en la ocurrencia de los mismos respondan de manera efectiva por los perjuicios ocasionados al erario público.
- Por último, espero haber contribuido con la presente investigación en el conocimiento y tratamiento del sobreprecio en la contratación estatal, especialmente en Colombia, mostrando todo el abanico de posibilidades y alternativas que se encuentran actualmente en nuestro ordenamiento jurídico hasta sugerir algunas modificaciones legislativas que hemos mencionado a lo largo de la presente tesis y que espero sirvan tanto a servidores públicos como a contratistas, entes de control y particulares que pretendan coadyuvar en la recuperación de los dineros públicos extraviados por la configuración de sobreprecios en los contratos estatales.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. Veeduría Distrital. Documento acerca de la Responsabilidad de los servidores públicos en material de contratación estatal.
- AMAYA OLAYA. URIEL A. Teoría De La Responsabilidad Fiscal - Aspectos Sustanciales y Procesales, Primera Edición. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Primera edición, 2002.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, El Equilibrio Financiero del Contrato – La Contratación Pública, Tomo II, Primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2006.
- AVILÉS OJEDA, LUIS GUALBERTO, “Análisis de la Corrupción en la Adquisición y Contratación del Estado Peruano”. Lima (Perú) 2007.
- BAENA DE ALCAZAR, MARIO. Curso de Ciencia de la Administración, Vol. I “Administración Pública y el Estado” Madrid, Tecnos, 1996.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Legislación, Reglamentos y Procedimientos Nacionales de Compras del Sector Público en las Américas. Washington D.C., febrero de 1998.
- BANCO MUNDIAL (2002). Estudio de Corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad. Bogotá: Fundación Transparencia.
- BENDECK OLIVELLA, Jorge. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, en Gaceta del Congreso, No. 75, 23 de septiembre de 1992.
- BONIVENTO, JOSÉ ALEJANDRO. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Decima cuarta edición actualizada, Librería del profesional, 2000.
- BORDA, ALEJANDRO, “La lesión en el derecho argentino”, Jurista Editores, Lima, 2002.
- BORDA, GUILLERMO A., Manual de Contratos, Editorial Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1966.
- BOTERO ARISTIZÁBAL, LUIS FELIPE, Acción popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos, 1 edición, Bogotá, Legis, 2004.
- BUSTELO, ERNESTO, Derechos y Obligaciones del Contratante Particular. Derecho al Precio, en Contratos Administrativos, Ismael Farrando (Director), Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BLANCO RESTREPO, JOSÉ VICENTE, “¿Tiene aplicación la lesión enorme en Colombia?” Marzo de 2007 – Publicado en [http://Google/ link](http://Google/link). Contratación estatal en Colombia/.
- BRAND SALVADOR OSVALDO, Diccionario de Economía, Plaza y Janes Editores, 1984, Bogotá.

- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO, “La responsabilidad del servidor público en el Nuevo Estatuto de Contratación” En comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, 1994.
- CARRANZA ÁLVAREZ, CESAR, “La lesión: Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú”, Universitas, Número 107, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2004.
- CARREÑO GÓMEZ, MARIA EUGENIA. Recomendaciones Para la Elaboración de Estudios Previos – Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas, Publicado por la Procuraduría General de la Nación, Bogotá D.C., Abril de 2010.
- CASSAGNE JUAN CARLOS y RIVERO YSERN ENRIQUE, La contratación Pública Tomos I y II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2007.
- CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO, Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública “Especial Referencia a los Delitos Cometidos en la Contratación Pública, Editorial Universidad del Rosario, 2008, Bogotá.
- CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO, GARCÍA LÓPEZ, LUISA FERNANDA, MARTINEZ VARGAS, JUAN RAMÓN, “La Contratación Estatal: Teoría General – Perspectiva comparada y regulación internacional”, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- CIFUENTES, SANTOS, Elementos de derecho civil (parte general), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. Ediciones Rosaristas, 1994.
- COMUNIDAD EUROPEA, El Funcionamiento de la Unión Europea – Guía del Ciudadano Sobre Las Instituciones de la Unión Europea, año 2003.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CONCEPTO JURÍDICO OFICINA JURÍDICA, Rad. 80112-2155 del 24 de julio de 2002.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, SICE. Respuesta Institucional Contra la Corrupción.
- CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Segunda Edición, Legis, 2003, Bogotá,
- DAZA QUINTERO, DIANA MARIENT, Alcance de las Acciones Populares que Protegen la Moral Administrativa, Estudio de Viabilidad en el Caso de la Contratación Estatal en Colombia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, 2009.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, “La lesión”, en revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 37.

- DÍEZ-PICAZO LUIS Y GULLÓN ANTONIO, Sistema de Derecho Civil, vol. II, Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS – GUILLÓN, ANTONIO, Sistema de Derecho Civil, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, Vol. II.
- DOMÍNGUEZ – BERRUETA DE, Juan Miguel, La contratación Pública Tomo I, “Sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.
- DOMINGUEZ GIRALDO, GERARDO, El Control Fiscal en la Contratación Pública, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2002.
- DROMI, ROBERTO, Licitación Pública. 2a edición actualizada. Buenos Aires. 1995.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Segunda reimpresión, Legis, Bogotá.
- ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR, Función Administrativa y Delitos Contra La Administración Pública, Editorial Leyer, Bogotá, 2001.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS, La Configuración del Contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de Contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- FERRER LEAL, HECTOR ENRIQUE y ROA SALGADO, DAVID ALONSO, La falta disciplinaria en la Contratación Estatal, conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, Ediciones Nueve Jurídica, Segunda Edición, 2009.
- FIERRO MÉNDEZ, HELIODORO., La responsabilidad Penal en los contratos administrativos, Doctrina y Ley, Bogotá, 2001.
- FIERRO MÉNDEZ, RAFAEL, Teoría General del Contrato, última edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.
- FONSECA RAMOS, MARCO ANTONIO – “De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal” Revista de Derecho Universidad del Norte, 7 de febrero de 2000.
- GAROFALO SALAZAR, AURELIO, Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Tercera Edición Editorial Jurídica, Quito-Ecuador, 2004.
- GARZÓN VIVAS, HÉCTOR JULIO, “¿Fracaso del SICE?”, Mayo de 2005 – Publicado en [http://Google/ link](http://Google/link). Corrupción en la contratación estatal por sobrepuestos.
- GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO, “Contratación Visible – Manual para un buen control de recursos en la contratación pública”, Editado por la Auditoría General de la República y el Instituto de Estudios del Ministerio público, Bogotá D.C., 2011.
- GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, Delitos Contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

- GÓMEZ RICARDO, JORGE. Presupuesto Público Colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- GONZALEZ M., Juan Carlos, “La Verdad Sobre la Eficiencia, Eficacia y Efectividad” en <http://www.monografias.com>, 24 de febrero de 2002.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL, La Contratación Administrativa en Colombia, Primera Edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990.
- GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, 1ª edición Colombiana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1998.
- HERNÁNDEZ GAMARRA, ANTONIO, Contraloría General de la República, SICE, Informe Lucha contra la corrupción, Bogotá, 2006.
- JOSSERAND LOUIS, Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado (teología jurídica), Editorial José M. Cajicá Jr., Puebla, 1946.
- LAFAURIE José F, 2002, SICE: Sistema de Información de la Contratación Estatal. Hacia un Nuevo Estado.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, PEDRO A., Contratos Estatales, 21 Edición, Editorial Temis S.A., 2007, Bogotá.
- LARA, JOSÉ MANUEL, Economía, Planeta – Diccionario enciclopédico, 1ª Edición, Editorial. Planeta, 1982 Barcelona.
- LARROZA, SPOTA OSVALDO, “la lesión objetiva y subjetiva”, en Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel A., Contratos Teoría General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO, Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas, Atelier, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ JACOISTE, JOSÉ J., “Sobre la Aporía de la equivalencia contractual”, en el libro homenaje a Federico Castro, 2001.
- LUCIANO PAREJO, ALFONSO. Manual de Derecho Administrativo, Vol. I, Barcelona, Edit. Ariel, 1998.
- LUDWING, MARTÍN, GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, SANCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL, Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009.
- MAPA DE RIESGOS NACIONALES. Proyecto Regional Licitaciones Públicas Transparentes. 2002.
- MARIENHOFF, MIGUEL, Tratado de Derecho Administrativo – Tomo III Contratos Administrativos, Cuarta Edición Actualizada, Editorial. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MARTÍNEZ EDGAR E., RAMÍREZ JUAN M, “La Corrupción en la contratación Estatal Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”, Bogotá D.C.

- MATA LLANA CAMACHO, ERNESTO, Manual de Contratación de la Administración Pública, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- MEJÍA OSSMAN, JAIME, Régimen de Derecho Disciplinario, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2007.
- MISIÓN DE CONTRATACIÓN – Hacia una política para la eficiencia y transparencia en la contratación pública, Tomo I y II, Publicado por el Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2002.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO, Contratación Administrativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- OSORIO Y MORALES, JUAN, Notas para una teoría general del contrato, en “Revista de Derecho Privado”, Diciembre de 1965
- OCTAVA CONFERENCIA INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN. La Corrupción en los Procesos de Adquisiciones del Estado. Adquisiciones Públicas y Reforma del Estado. Cobas Eduardo. Secretario Ejecutivo del Comité Ejecutivo para la Reforma del Estado (CEPRE) y Presidente de la Comisión Sectorial de la Reforma del Estado de la Presidencia de la R.O. del Uruguay.
- ORGANIZACIÓN INTERAMERICANA DE INSTITUCIONES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (OIICP), El 23 de junio de 2006, los representantes de las instituciones e instancias responsables en el área de contrataciones de 11 países aprobaron el texto de la Carta Constitutiva de la OIICP.
- ORTEGA RIVERO, Ricardo, La Contratación Pública. Tomo II, Primera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2006.
- OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO. OSPINA ACOSTA, EDUARDO. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima Edición, Temis, Bogotá, 2005.
- PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, “Delitos Contra La Administración Pública”, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997.
- PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL, “La Contratación de las Entidades Estatales”, Primera edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Bogotá, 1997.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano, Edit. Derecho vigente, Bogotá.1999.
- PAREJO LUCIANO, Alfonso. Manual de Derecho Administrativo, Vol. I, Barcelona, Edit. Ariel, 1998.
- PARRA DE PINILLOS, MARTHA SOFÍA, PINILLOS DE OSPINA, CLARA ISABEL, La Lesión Enorme, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, 1990.
- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO “Derecho Constitucional Colombiano” Temis, 5ª edición, 1997, Bogotá.

- PÉREZ. YANETH. Tesis sobre el Análisis Económico de los Vicios del Consentimiento en el Régimen Colombiano y en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales UNIDROIT, Universidad de la Sabana, 2007.
- PINNO RICCI, JORGE, El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- POSNER RICHARD A., El análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición en Español, 2007, México.
- PROYECTO DE LEY No. 85 DE REFORMA A LA LEY 80 DE 1993.
- QUINCHE RAMIREZ, MANUEL FERNANDO, “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas”, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C., Cuarta Edición, 2010.
- RAMÍREZ POVEDA, SAMUEL JOSÉ, Selección de Contratistas – Contratación Directa, Segunda Edición, Publicación de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2005.
- RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO, Manual de la Acción de Tutela, Intermedio Editores Ltda., Bogotá, 2009.
- RICO PUERTA, LUIS A., Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Quinta Edición, Editorial Leyer, 2007.
- RIVERO, JEAN. Derecho Administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- ROA SALGUERO, DAVID, “Apuntes Prácticos de Derecho Disciplinario”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.
- SAMUELSON. PAUL A. Y WILLIAM D. Nordhaus. Economía, 15a ed., Madrid, Mc GrawHill, 1996.
- SANCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL, Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- SANTOFIMIO G. JAIME ORLANDO. Delitos de celebración indebida de contratos, Primera reimpression, Editado por la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. Bogotá, 2001.
- SICE Respuesta Institucional Contra la Corrupción. Cartilla editada por la Contraloría General de la República en unión con la Cámara de Comercio de Bogotá, Primera Edición. Febrero de 2002.
- STIGLITZ JOSEPH E., Economía, 1ª reimpression, Editorial Ariel S.A., 1994, Barcelona (España).
- SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO, Manual De Contratación – Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP
- SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Primera Edición, Legis Editores S.A., Bogotá D.C., 2009.

- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, CONCEPTO 0100700-01-03, Boletín Jurídico, 2001.
- TAMAYO LOMBANA, ALBERTO, Manual De Obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Informe índice de Transparencia Nacional 2007-2008.
- UNCITRAL. Documentos de Trabajo 44 y 44Add.1. Grupo I – Contratación pública. Febrero 21 de 2006.
- VILLAMIZAR SCHILLER, EDDY ALEXANDRA, *El Derecho Colectivo: “Moralidad Administrativa” en la contratación estatal*, publicado en Revista de Estudios Socio Jurídicos, Bogotá, Julio- diciembre de 2006.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ, VILLAR EZCURRA, JOSÉ L, Principios de Derecho Administrativo, 2ª ed., Facultad de la Universidad de Complutense, Madrid, 1983, T. III.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas, Revisión de precios, Segunda Edición, Editorial Aranzadi SA, Madrid (España), 2004.
- VILLEGAS GARZÓN, OSCAR, El Proceso Disciplinario Ley 734 de 2002, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- WILLIAMSON, O. “Transaction Cost Handbook of Industrial Organization I, Elsevier Science Publisher, Amsterdam.1990.
- www.ambitojuridico.com/Legis “Gobierno explica principales cambios en Contratación Pública”. 20 de abril de 2012.
- YOUNES, DIEGO, Curso Elemental de Derecho Administrativo, Cuarta edición.
- YOUNES MORENO, DIEGO, Derecho Constitucional Colombiano, Decima Edición - Grupo Editorial Ibáñez, Decima Edición Actualizada, Bogotá, 2009.
- ZORRILLA ARENA, SANTIAGO, MÉNDEZ JOSÉ SILVESTRE, Diccionario de Economía, 2ª Edición, Editorial Limusa S.A, 1994, México D.F.

NORMATIVIDAD

- CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO
- CÓDIGO CIVIL PERUANO
- CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
- CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO
- DECRETO-LEY 150 DE 1976

- DECRETO-LEY 222 DE 1983
- DECRETO 568 DE 1996
- DECRETO 2170 DE 2002
- DECRETO 3512 DE 2003
- DECRETO 2503 DE 2005
- DECRETO 2474 DE 2008
- DECRETO-LEY 4170 DE 2011
- DECRETO-LEY 019 DE 2012
- DECRETO 734 DE 2012
- LEY 80 DE 1993
- LEY 472 DE 1998
- LEY 598 DE 2000
- LEY 610 DE 2000
- LEY 679 DE 2001
- LEY 1150 DE 2007
- LEY 1425 DE 2010
- LEY 1474 DE 2011
- LEY ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-001 del 3 de abril de 1992. M.P. CABALLERO MARTINEZ, Alejandro.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-451 del 10 de julio de 1992. M.P. ANGARITA BARÓN, Ciro.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M.P.: ANGARITA BARÓN, Ciro.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de 1994, M.P.: BARRERA CARBONELL, Antonio.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-018 del 23 de enero de 1996, M.P.: HERRERA VERGARA, Hernando.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998. M.P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000, M.P. MORÓN DÍAZ, Fabio.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-716 del 3 de septiembre de 2002, M. P. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-610 del 5 de Agosto de 2010 – M.P. SIERRA PORTO, Humberto.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

- CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de marzo de 1995, C.P. GÓMEZ LEYVA, Delio, Rad. 4834.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de junio de 1995, C.P. CARRILLO BALLESTEROS, Jesús María, Rad. 7326.
- CONSEJO DE ESTADO – Sala de Consulta y Servicio Civil – Consejero Ponente: HENAO HIDRÓN, Javier, Concepto del 3 de octubre de 1995, Rad: 732.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 1998, C.P.: SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, Rad. 11196.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: HOYOS SALAZAR, César. Con fecha del 26 de agosto de 1998, Rad: 1121.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P. RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán, Rad: 14061.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 20 de abril de 2001, M.P. ORTIZ BARBOSA, María Inés, Rad: 11658.
- CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de Julio de 2001, M.P. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, Rad: 12037.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Con fecha del 18 de julio de 2002. M.P. MONTES DE ECHEVERRI, Susana, Rad: 1439.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de octubre de 2002, M.P. HOYOS DUQUE, Ricardo, Rad: 1059.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 2 de febrero de 2005, Consejero Ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier.
- CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de agosto de 2005, Consejero Ponente: CORREA PALACIOS, Ruth Stella, Rad: 28211.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de octubre de 2005, Consejero Ponente: SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, Rad: 58801.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2006, Consejero Ponente: FAJARDO GÓMEZ, Mauricio, Rad: 14838.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 1 de diciembre de 2007. Consejero Ponente: MEDINA, Roberto, Rad: 0039.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Consejero Ponente: GUERRERO DE ESCOBAR, Miriam, Rad: 17783.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de noviembre de 2007, Consejero Ponente: APONTE SANTOS, Gustavo, Rad: 1852.
- CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Consejero Ponente: GIL BOTERO, Enrique, Rad: 35313.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, Secretaría General de fecha 2 de marzo de 2010, Consejero Ponente: ALVARADO ARDILA, Víctor Hernando. Rad: 55800
- CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 22 de julio de 2010, Consejero Ponente: OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael, Rad: 6833.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 6 de septiembre de 2011, Consejero Ponente. CORREA PALACIOS, Ruth Stella, Rad. 39982.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de agosto de 1998, M.P. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, Rad. 10259.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 2 de julio de 2002. M.P. GÁLVEZ ARGOTE, Carlos Augusto, Rad. 13663.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16 de julio de 2002, M.P. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique. Rad: 19659.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, M.P. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, Rad. 14699.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de Noviembre de 2004, M.P. GÓMEZ QUINTERO, Alfredo, Rad: 18158.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 6 de abril de 2005. M.P. SOLARTE PORTILLA, Mauro, Rad: 20400.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 22 de septiembre de 2005, M.P. SOLARTE PORTILLA, Mauro, Rad: 18029.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 10 de octubre de 2007, M.P. ESPINOSA PÉREZ, Sigifredo, Rad: 26076.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 1 de noviembre de 2007, M.P. GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario, Rad: 24158.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de noviembre de 2008, M.P. BUSTOS MARTÍNEZ, José Leónidas, Rad. 18029.

FALLOS DE LA PROCURADURIA

- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA. Disciplinado. Arnaldo José Rojas Tamedes – Gobernador de Antioquia. Rad. 162-39384-2000. Procurador Delegado. REYES CUARTAS, José Fernando.
- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA. Disciplinado. Odilio Hernán Salinas Martínez – Director Corpoguvio – Rad. 162-40794-2000. Procurador Delegado. REYES CUARTAS, José Fernando.
- PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL, Rad. 080-03154-2004, Fallo de Segunda Instancia, Procurador Delegado. MOLANO, Mario Roberto.
- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA. Disciplinado. Jorge Mauricio Escobar López – Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo”– Rad. 083-2917-2006. Procurador Delegado para la Moralidad Pública. GÓMEZ STRAUCH, Silvano.
- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA. Disciplinado. Juan Carlos Duarte Torres – Presidente de ECOGAS – Rad. 162-83939-2003 del 27 de noviembre de 2006 - Procurador Delegado para la Moralidad Pública. GÓMEZ STRAUCH, Silvano.
- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA. Disciplinado. Rafael Ignacio Rojas López – Gerente de la Lotería de Boyacá. Fallo de Segunda Instancia – Rad. 094-3877-05 del 15 de marzo de 2007 – Procurador Delegado para la Moralidad Pública. MOLANO, Mario Roberto.

FALLOS DE LA CONTRALORIA

- CONTRALORÍA MUNICIPAL DE ARMENIA, Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 008 del 19 de mayo de 2003.
- CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ, Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 50100-0092-2006.
- CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ, Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170100-0091-09.
- CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ D.C., Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 50100-046/08.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Concepto No. 2008IE2633 del 5 de marzo de 2008.

LAUDO ARBITRAL

- Tramite Arbitral de Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. (AIA S.A.), y consultoría colombiana s.a. (CONCOL) para solucionar las diferencias surgidas con Metroplus S.A. contrato 076/2006, Árbitros. REYES RODRÍGUEZ, Carmen Elvira, DE LA ESPRIELLA ALDANA, Carlos Miguel y MORALES DE BARRIOS, María Cristina.