

80112

Bogotá, D.C.,

Doctor
JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN
Alcalde Municipal de San Pelayo
Calle 6ª Carrera 6ª Palacio Municipal
San Pelayo, Córdoba

11 DIC 2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 03-12-2013 11:41
Al Contestar Cite Este No.: 2013IE0157533 Fol:8 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / GERMAN SILVA GARCIA
DESTINO JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2013IE0157533

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 03-12-2013 11:44
Al Contestar Cite Este No.: 2013IE0147817 Fol:8 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / GERMAN SILVA GARCIA
DESTINO 80231-DESPACHO DEL GERENTE DEPARTAMENTAL CORDOBA / DANIEL EDUARDO
PATRON PEREZ
ASUNTO CONCEPTO 2013IE0130883
OBS

2013IE0147817

ASUNTO: CONTRATACIÓN ESTATAL – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

1.- ANTECEDENTES

Recibimos el 06 de noviembre de 2013 el oficio IE0126246 fechado el día 29 de octubre, suscrito por la doctora Luz Mireya Ardila Ariza, Directora de Atención Ciudadana, remisorio de la consulta por Usted formulada a través de la comunicación del día 07 de octubre del año en curso, donde expone lo siguiente:

"En fecha 2 de octubre de 2013, el Municipio de San Pelayo puso en conocimiento de esta entidad, así como de la Fiscalía General de la Nación y Procuraduría General de la Nación, el incumplimiento en la ejecución del Convenio N° 001 de fecha de 27 de Julio de 2009, celebrado entre este Municipio y la Organización Popular de Vivienda para el Departamento de Córdoba Los Colores.

Así mismo, también puso en conocimiento el incumplimiento injustificado del contrato de interventoría celebrado entre el Municipio y el señor Carlos Bustos Figueroa, contratado para realizar el seguimiento específico de las obras.

El contrato estatal, en esencia, es un acuerdo de voluntades mediante el cual la administración pública realiza los fines del Estado a través de manos particulares, por diferentes circunstancias. Lo sustancial del acto jurídico contractual con el Estado, debe regirse por las normas propias del derecho público, atendida su naturaleza estatal, no obstante, existen una serie de disposiciones jurídicas del derecho privado que le resultan aplicables, como las que se relacionan con los postulados de la autonomía de la voluntad de las partes o el desarrollo y contenido de ciertas obligaciones.

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

2

Una de las cláusulas más representativas de los contratos del Estado es la relativa a la caducidad, como potestad o facultad de la Administración que le corresponde solo a ella en desarrollo de la supremacía o del poder preponderante que tiene y que ejerce frente al particular.

Teniendo en cuenta que esta potestad no aplica para aquellos convenios celebrados por las entidades públicas, esta entidad desea consultar las opciones con las que cuenta la Administración para cumplir los fines que rigen la contratación pública, de tal forma que se sancione el incumplimiento injustificado, generado a raíz de dicho convenio.

Así mismo, se nos informe con que opciones contamos respecto del incumplimiento surgido en el contrato de interventoría, el cual al día de hoy, tiene vencidas sus pólizas".

2.- FUENTE FORMAL

Ley 80 de 1993.
Ley 734 de 2002.
Ley 1150 de 2007.
Código Penal.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

3.1.- En primera instancia, es importante traer a colación la ACTUACIÓN ESPECIAL adelantada por la CGR, relacionada con los proyectos para la construcción de vivienda rural para los damnificados de la ola invernal. El detrimento patrimonial en este tema es enorme y además es un hecho de público conocimiento teniendo en cuenta que fue una noticia impactante de la cual, comentaron y citaron muchos medios de comunicación.

La Contraloría General de la República determinó un detrimento patrimonial de \$40.648 millones de pesos por irregularidades en la ejecución de proyectos de vivienda rural para damnificados de la ola invernal de 2007 y 2008, financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación.

En una Actuación Especial de la CGR se establecieron hallazgos como concentración de los proyectos de vivienda en pocos contratistas y obras inconclusas, abandonadas o con notorias deficiencias constructivas que hacen que se incumplan los parámetros establecidos en cuanto al concepto de vivienda digna.

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

3

"Detrimento patrimonial de \$40.648 millones en proyectos de vivienda rural para damnificados de ola invernal."¹

Solamente en el departamento de Córdoba la pérdida de recursos públicos asciende a la suma de \$11.360 millones de pesos, ante la indolencia de los mandatarios locales responsables.

La CGR analizó la información de las bases de datos aportadas por el DNP sobre 47 proyectos de construcción de vivienda de interés social rural financiadas con recursos del Fondo Nacional de Regalías en liquidación por un valor de \$ 59.972 millones.

La actuación especial permitió establecer 166 hallazgos administrativos, de los cuales 48 tienen connotación fiscal por la cuantía ya mencionada de \$ 40.648 millones, 121 son de incidencia disciplinaria y 46 incidencia penal, que serán trasladados a la autoridad competente. Igualmente, se formuló un hallazgo para indagación preliminar y 46 Funciones de Advertencia.

Concentración de Contratos

La auditoría efectuada evidenció concentración de proyectos en 5 contratistas a nivel nacional, los cuales en la mayoría de los casos dejaron los mismos con un avance inferior al 40%, a pesar de haberseles girado hasta el 80% del valor de los respectivos contratos.

La empresa COLIMAN presenta la mayor concentración de contratos contando con 18, en los departamentos de Bolívar, Casanare, Cesar, Córdoba, Cundinamarca, Santander y Valle del Cauca por una cuantía de \$22.437 millones. Le siguen en su orden Corporación Vivienda Digna, con 12 contratos por un monto de \$11.910 millones, y Funecol, con 10 contratos que suman \$15.126 millones.

La Organización Popular de Vivienda Los Colores tiene obras inconclusas, abandonadas y con pólizas vencidas en 6 proyectos ubicados en los departamentos de Córdoba, Sucre y Atlántico, por un valor que asciende a \$9.358 millones de pesos.

Los municipios más críticos en Córdoba son: Cotorra, Valencia, San Pelayo y Chimá.

¹ Boletines de Prensa CGR



Doctor JOSÉ JAIME PARÉJA ALEMÁN

4

La auditoría determinó que en Córdoba, en el municipio de Chimá, corregimientos de Arache, Corozalito, Sitio Viejo y Bocacatabre, en el proyecto para la construcción de vivienda de interés social rural damnificados de la ola invernal 2007 del Contratista de obra CORPORACIÓN COLOMBIANA DE INVESTIGACIONES AMBIENTALES COLINAM, por la suma de \$ 2.478.485.750, las viviendas tienen un alto grado de vulnerabilidad sísmica pues no se cumple con la norma Sismo Resistente Colombiana.

A pesar de haber iniciado obras el 21 de enero de 2009, a la fecha no se han culminado. Es más, el proyecto se encuentra suspendido desde el 1° de Junio de 2011 y las obras inconclusas y abandonadas, lo que podría generar un presunto detrimento patrimonial equivalente a \$ 1.018.992.000, al igual que un hallazgo disciplinario, fiscal y penal.

En el departamento del Atlántico, en el municipio de Baranoa, la auditoría de la Contraloría General encontró un alto grado de vulnerabilidad sísmica en un proyecto de construcción de vivienda rural para 100 familias damnificadas de la ola invernal a cargo del contratista de obra CORPORACIÓN VIVIENDA DIGNA, por un valor de \$1.739.150.000.

De acuerdo con el análisis que hizo la Auditoría las viviendas presentan deficiencias constructivas en cuanto a la calidad de los materiales, lo que puede generar un presunto detrimento patrimonial equivalente a los recursos invertidos por valor de \$1.008.050.719.

Se encontró también que las instalaciones eléctricas no incluyen red interna, incumpliendo requisitos mínimos de habitabilidad, comodidad y calidad. Para la Contraloría esta situación se presenta como consecuencia de la falta de planeación y estructuración del proyecto por parte del oferente y una inadecuada viabilización técnica y económica por parte del Ministerio de Agricultura.

De lo expuesto se deduce que no se atienden los parámetros establecidos en cuanto al concepto de vivienda digna, comprendidos en la jurisprudencia de la Sentencia T-585 del 27 de julio de 2006, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

La auditoría evaluó las viviendas y evidenció agrietamientos o fisuras en muros y estructuras, algunos de estos desplomados. En otras, el refuerzo se encuentra expuesto por falta de recubrimiento. Además, las unidades de

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

5

mampostería utilizadas están rotas o deterioradas, comprometiendo gran parte de las viviendas.

Todos estos aspectos técnicos hacen que la habitabilidad de estos proyectos de interés social no cumpla con los requisitos de vivienda digna establecidos por la ley colombiana.

Mayor control del DNP

La CGR considera que el DNP debe ejercer un mayor control en este tipo de proyectos de vivienda rural.

La auditoría estableció que el avance reportado por la Interventoría Administrativa y Financiera de DNP para la aprobación de segundo y tercer giro de los recursos debe corresponder al avance real de las viviendas, las cuales presentan deficiencias de carácter técnico y constructivo.

Como el DNP tiene como función la interventoría administrativa y financiera, se descuenta de manera anticipada hasta el 4 % del valor total del proyecto, que en el caso de los contratos analizados alcanza un valor de \$1.625 millones".²

Teniendo en cuenta lo anterior, vemos que ya la CGR con base en la AUDITORÍA ESPECIAL se pronunció, y ante las presuntas irregularidades en la contratación adelantada por los municipios descritos con las organizaciones mencionadas, se debe avanzar por parte de las entidades competentes, en las investigaciones disciplinarias, fiscales y penales, pertinentes.

No tiene mayor sentido, que en estos momentos se consulte sobre el procedimiento a seguir, ante un incumplimiento de los contratos después de cuatro (4) años de haberse suscritos, con el agravante de tener varios de éstos las pólizas vencidas.

3.2.- No obstante lo anterior, nos pronunciaremos sobre varios temas relativos a la contratación estatal de manera general.

Ante todo debemos aclararle que la Contraloría General de la República no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, según lo establecido por el artículo 267 Constitucional, inciso cuarto.

² Boletines de Prensa CGR

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

6

Por ello, no podemos pronunciarnos de manera previa sobre las decisiones propias que debe tomar la Administración; por cuanto estaríamos coadministrando.

La tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. (Sentencia C-113/99, Referencia: Expediente D-2151; Demanda de inconstitucionalidad (parcial) contra el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; Actor: Luis Ernesto Arciniegas Triana; Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

De lo contrario, éste no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función. (Sentencia C-113/99).

En tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en los procesos. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. (Sentencia C-113/99).

En este orden, no le es dable a la Contraloría General de la República coadyuvar o apoyar en la toma de decisiones internas, propias de la administración, como tampoco participar con su opinión dentro de ellas; más relacionándose con actos típicos de gestión fiscal, que posteriormente van a ser objeto de su examen, en un probable control concurrente o excepcional. (Sentencia C-113/99).

3.3.- TEMAS GENERALES CONTRACTUALES

3.3.1.- PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

El seguro de cumplimiento es uno de los mecanismos previstos por la ley, para proteger el patrimonio público de los perjuicios que se causen a una entidad

Doctor JOSÉ JAIME PAREJÁ ALEMÁN

7

estatal a causa del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que surgen del contrato por estos celebrado.³

Este seguro acompaña los procesos contractuales estatales desde su gestación en la etapa precontractual, a través de la póliza de seriedad de oferta que garantiza el pago de los perjuicios causados por los proponentes que no honren sus obligaciones en dicha etapa, e inclusive protege al Estado frente a la no suscripción del contrato por parte de quien resulte adjudicatario.⁴

En la etapa contractual y pos contractual, esta garantía a través de los diferentes amparos que la conforman, protege a la entidad no solo frente al incumplimiento de las obligaciones que integran la prestación principal del contrato, sino que también cubre los perjuicios ocasionados por la inejecución de prestaciones conexas, como son las relacionadas con los pagos de las acreencias de orden laboral de los trabajadores del contratista que puedan ser exigidas al Estado, o las de buen manejo del anticipo y pago anticipado.⁵

Algunos amparos se mantienen vigentes con posterioridad a la liquidación del contrato pues otorgan cobertura frente a obligaciones del contratista que subsisten aun cuando se encuentre fenecido el vínculo jurídico, tal como lo expresó el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de mayo de 2001:

"Si bien es cierto en el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 c.c.). De acuerdo con la legislación contractual, debe éste salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la administración de acuerdo con la reglamentación legal."⁶
(Subrayado nuestro).

³ El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. FASECOLDA.

⁴ El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. FASECOLDA.

⁵ El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. FASECOLDA.

⁶ El seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales. FASECOLDA.



Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

8

Como se desprende la jurisprudencia transcrita, las obligaciones pos contractuales a que hace referencia la sentencia citada también pueden estar cubiertas por la garantía de cumplimiento.

Ahora bien, si el contrato se adiciona en valor y en tiempo, o uno de los dos (2) factores, se debe ampliar el valor y el tiempo de las pólizas, como también del contrato de interventoría.

3.3.2.- El numeral 1° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

Por su parte el numeral 2° del artículo 5° de la misma Ley, en el que se consagran los derechos y deberes de los contralistas establece que éstos colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; igualmente acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

De la misma forma, el numeral 2° del artículo 4° ibidem, especifica que las entidades estatales adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3.3.3.- Por otra parte, el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Aplicable en los años 2009, 2010, 2011 y 2012), determina el carácter ejecutivo y ejecutorio del que gozan los actos administrativos, en virtud de lo cual la administración es competente para imponer unilateralmente las multas pactadas en los contratos estatales.

3.3.4.- De igual manera, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 precisa que la caducidad es la estipulación en virtud del cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

3.3.5.- Entretanto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 ordena:

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

9

"DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato."

3.3.6.- En todo caso el supervisor y/o interventor deben realizar el control y seguimiento de la ejecución del contrato; por ser los encargados de la vigilancia y ejecución del contrato, se comprometen a identificar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Si el incumplimiento es conocido por el supervisor y/o interventor, éste debe informar de manera inmediata a la dependencia competente de proyectar el acto administrativo respectivo, señalando las causas y adjuntando el soporte de carácter técnico o fáctico, según sea el caso que lo demuestre (Informe). De este modo, consideramos que el supervisor y/o interventor, debe rendir su concepto y remitir esta información a la oficina ya citada.

De esta manera, consideramos importante que el supervisor y/o interventor dentro del informe, explique y motive de manera detallada los hechos constitutivos y la causal de incumplimiento. Posteriormente se debe requerir del contratista las explicaciones respectivas del incumplimiento.

Si las explicaciones y las pruebas allegadas por el contratista son suficientes a juicio del supervisor, la dependencia encargada de dirigir los procesos contractuales en que intervenga la entidad pública, archivará las diligencias.

En caso contrario y una vez definido el incumplimiento de alguna obligación contractual, el supervisor y/o interventor del Contrato determinará si hay lugar o no lugar a la expedición del acto administrativo que declare el incumplimiento contractual.

3.3.7.- Estimamos igualmente que ante el incumplimiento contractual se debe dar aplicación a la cláusula penal pecuniaria.

Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común —en lo sustancial—, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al cíclicimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.⁷

Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio.⁸

El Consejo de Estado resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos —por defecto o por exceso—, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.⁹

3.4.- De otra parte, queremos comentarle, que la CGR solicitó el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Organización Popular de Vivienda Los Colores, ante la Cámara de Comercio de Montería, en donde certifican que dicha Organización es un organismo social y de ayuda mutua.

Este tipo de organizaciones son de iniciativa privada, que desarrollan fines de beneficio colectivo o social y no tienen como fundamento el enriquecimiento o la posesión y crecimiento del capital económico.

Por tanto, dentro del clausulado de los contratos suscritos por parte de una entidad pública con este tipo de fundación, corporación, asociación, junta de

⁷ C.E. Sec. Tercera, Sent. 17009, nov. 13/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

⁸ C.E. Sec. Tercera, Sent. 17009, nov. 13/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

⁹ C.E. Sec. Tercera, Sent. 17009, nov. 13/2008. M.P. Enrique Gil Botero.

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

11.

acción comunal, organización, etc., debe ser completo, ello es, incorporando todas y cada una de las cláusulas pertinentes, incluyendo las cláusulas exorbitantes.

3.5.- Revisando algunos contratos suscritos con este tipo de sociedades, vemos que está incorporada la cláusula de caducidad, *verbi gratia*, en el Municipio de Pueblo Nuevo- Córdoba, en el mes de septiembre de 2013, el Alcalde Municipal, declaró la CADUCIDAD del Convenio de fecha 30 de diciembre de 2008 celebrado entre dicho Municipio y la Organización Popular de Vivienda para el Departamento de Córdoba Los Colores, representada legalmente por el señor Gustavo Alberto Díaz Rubio.

Igualmente declaró el incumplimiento del convenio; fuera de ello declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento; y estableció los perjuicios económicos sufridos por el Municipio en \$633.149.156.50, moneda corriente.

3.6.- FUNCIÓN ADMINISTRATIVA -Principios constitucionales / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA-Principios de la contratación estatal / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA-Servidores públicos cumplen con los fines estatales.

En materia de principios, emanan estos de la Carta Fundamental a través de la cual se establece que las actuaciones de los funcionarios públicos estarán precedidas de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, replicados unos y complementados otros por Leyes como la 80 de 1993 como acontece con los de transparencia, responsabilidad, selección objetiva y libre concurrencia entre muchos otros, a través de los cuales se pretende que los servidores públicos al momento de celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades que éstos representan no persigan otra cosa que 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, sin perjuicio del deber que le asiste a los particulares de su contribución para el logro de tales propósitos en beneficio integral de la comunidad. (*Procuraduría Regional de Cundinamarca. Radicado 009-140630-2006*).

3.7.- En cuanto al tema penal, prescribe la Ley 80 de 1993:

"Artículo 56°.- 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.

Artículo 57º.- *De la Infracción de las Normas de Contratación.* El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 58º.- *De las Sanciones.* Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

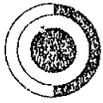
1º.- En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2º.- En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3º.- En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

4º.- En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5º.- En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.



Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

13

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

6°.- En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere Sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual".

4.- CONCLUSIONES

Para garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato, tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del mismo. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar su paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos; podrán interpretar los documentos contractuales, introducir modificaciones a lo contratado, y cuando las condiciones particulares de la obligación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

El supervisor y/o interventor deben realizar el control y seguimiento de la ejecución del contrato y por ser los encargados de la vigilancia y ejecución del contrato, les concierne identificar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista de manera clara, concreta y precisa.

En consecuencia, no es suficiente que el supervisor y/o interventor mencione las situaciones presentadas durante la ejecución del contrato respecto al incumplimiento de la obligación u obligaciones contractuales, éstas deben ser concretas, específicas y directamente relacionadas con la obligación o las obligaciones pactadas.

En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En lo que se refiere a los motivos, la administración no puede actuar caprichosamente, sino que



Doctor JOSÉ JAIMÉ PAREJA ALEMÁN

14

debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo.¹⁰

Los actos administrativos deben entre otros elementos esenciales, estar sustentados en hechos puntuales y no en simples enunciaciones o menciones de posibles inobservancias del clausulado del contrato.

Por su parte, el Código Penal en su artículo 146, prescribe: -"Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Modificado Decreto 141 de 1980, Art. 1º. El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

* Ley 80 de 1993, Art. 57. - De la infracción de las normas de contratación. El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

* Ley 190 de 1995, Art. 32. - Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez".

Entretanto la Ley 734 de 2002 *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*, dispone en su artículo 48. Faltas gravísimas.

"Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

31.- 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

¹⁰ Código Contencioso Administrativo- Anotado. Esteban Mora Caicedo. Leyer, Bogotá, 2006, pág. 26.

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

15

contemplados en la Constitución y en la ley. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818 de 2005, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”.

Es la entidad contratante quien debe valorar si ha existido o no un incumplimiento del contrato por parte del contratista, y como consecuencia de esta valoración, determinar y cuantificar dicho incumplimiento. Por lo anterior, este Despacho no es competente para definir si ha existido o no un incumplimiento del contratista en el contrato objeto de consulta.

En cuanto al procedimiento a seguir, la entidad contratante debe evaluar si ha existido o no un incumplimiento del contratista, y si así ha sido, debe notificarlo al contratista y a la compañía aseguradora, para garantizarles el derecho de contradicción y defensa.

Las consecuencias de una presunta contratación indebida y de una pésima vigilancia, supervisión e interventoría, son muy drásticas y graves, y están inmersos varios tipos de investigaciones, como son entre otros, el proceso penal, el fiscal y el disciplinario.

Finalmente, nos permitimos comunicarle que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”¹², así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”¹³ y las presentadas por la

¹¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

¹² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

¹³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

Doctor JOSÉ JAIME PAREJA ALEMÁN

16

ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"¹⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"¹⁵ y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"¹⁶.

Es relevante tener presente, que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16¹⁷ del Decreto Ley 267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Lo invitamos a consultar nuestra página web www.contraloria.gov.co en donde encontrará los pronunciamientos relacionados con el ejercicio de nuestra competencia.

Cordial saludo,


GERMAN SILVA GARCÍA
Director Oficina Jurídica

Copia: Doctor Daniel Eduardo Patrón Pérez, Gerente Departamental de Córdoba. (Calle 27 No. 8-47 Montería).

Proyectó:

Revisión de forma:

NR:

Gloria Andeoffi Caro.

María Stella Romero Nieto.

2013IE0126246

 ¹⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

¹⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

¹⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

¹⁷ Art. 43, OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.