

# **Los sobrepagos: identificación y corrupción en la contratación estatal**

**Mauricio Montoya**

Universidad de Caldas  
Maestría en Derecho Público  
Manizales, Colombia  
2021

# **Los sobrepagos: identificación y corrupción en la contratación estatal**

**Mauricio Montoya**

Tesis o trabajo de investigación presentada como requisito parcial para optar al título de:

**Magíster en Derecho Público**

Director:

Roberto Mauricio Romero Cárdenas

Línea de Investigación:

Función Pública y Justicia Constitucional

Universidad de Caldas  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Manizales, Colombia  
2021

*Dedicatoria*

*A mi abuelita Luz María, por cada día de los 11 años de su vida dedicados a velar por mi para que tuviera un destino diferente, no imaginamos que algún día llegaríamos a dar este paso*

*A Isabela, por quien sueño llegar más lejos.*

# Agradecimientos

A mi director de tesis Roberto Romero Cárdenas, quien creyó en las ideas aquí plasmadas y les sumó rigor académico y al doctor Alfredo Valencia, quien me facilitó el tiempo y me proporcionó los medios que hicieron posible este escrito.

## Resumen

Este trabajo tiene como objetivo determinar el concepto, dimensiones, implicaciones y tratamiento normativo y jurisprudencial de los sobrepagos en los contratos estatales en Colombia, en el marco del fenómeno de la corrupción como práctica reprochable en la gestión contractual del interés público. Con este fin, se adelanta una metodología de corte cualitativo y hermenéutico, en donde a partir de una técnica y base documental normativa, jurisprudencial y doctrinal, se analiza de forma detallada el fenómeno de la corrupción a través del sobrepago en la administración pública. Como resultado principal, este trabajo encuentra que los sobrepagos están marginalmente considerados en la norma para la contratación pública y que jurisprudencialmente no se han conceptualizado de forma concreta sino accidental, causando la ausencia de criterios, derroteros y proporciones ciertas a través de las cuales identificarlos y sancionarlos.

**Palabras clave:** contratación pública, contratación estatal, corrupción, corrupción pública, sobrepagos, interés público.

## **Abstract**

This paper aims to determine the concept, dimensions, implications and normative and jurisprudential treatment of surcharges in state contracts in Colombia, in the context of the phenomenon of corruption as a current and perniciously widespread practice in the contractual management of public interest. To this end, a qualitative and hermeneutical methodology is being developed, in which, on the basis of a normative, jurisprudential and doctrinal technique and documentary basis, the phenomenon of corruption through overcharging in the public administration is analysed in detail. As a main result, this work finds that the surcharges are marginally considered in the public procurement rule and that jurisprudentially they have not been developed in a concrete way, causing the absence of criteria, certain ranges and proportions, through which to identify and sanction them.

**Keywords :** public procurement, state procurement, corruption, public corruption, surcharges, public interest.

# Tabla de contenido

Introducción .....	3
1. Capítulo I. Corrupción en la contratación estatal: elementos y formas .....	10
1.2. Circunstancias que motivan las prácticas de corrupción. ....	18
1.3. Desconocimiento de los principios fundamentales de la contratación estatal. ....	18
1.4. El precio en la contratación pública. ....	30
1.5. Consulta de los precios del mercado. ....	35
1.6. El precio debe ser razonable y objetivo. Condiciones del mercado. ....	37
2. Capítulo II. Los sobrepagos en la contratación estatal colombiana: definición, revisión normativa y desarrollo jurisprudencial .....	40
2.1. Reseña histórica de los sobrepagos. ....	42
2.2. Definición del sobrepago. ....	43
2.3. Panorama normativo en Colombia a propósito del sobrepago.....	47
2.4. Leyes posteriores a la Ley 80 de 1993.....	56
2.5. Jurisprudencia relevante en materia del sobrepago en la contratación pública.....	61
3. Capítulo III. Medios de control, efectos y responsabilidad por sobrepagos en la contratación estatal.....	72
3.2. Responsabilidad de los actores de un contrato estatal afectado por sobrepagos.....	83
3.2.1.1. Error de tipo como eximente de responsabilidad penal en los delitos de celebración indebida de contratos. ....	89
3.2.1.2. Error de prohibición como eximente de responsabilidad en los delitos de celebración indebida de contratos.....	90
3.2.1.3. Causales de justificación. ....	91
3.2.2. Responsabilidad disciplinaria del servidor público. ....	92
3.2.3. Responsabilidad fiscal. ....	93
4. Conclusiones y recomendaciones. ....	95
Referencias bibliográficas .....	99

# Introducción

La contratación estatal, entendida como el conjunto de reglas y herramientas jurídicas a través de las cuales el Estado se procura de los medios materiales e inmateriales para desarrollar sus fines, o según Vallejo (2017) como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad”; se desarrolla en medio del trasfondo político y humano que la convierte sea en vía para la construcción del bien común o en medio para la adquisición y conservación del poder (Bobbio, 1997).

A propósito de la segunda alternativa, su uso como medio para fines egoístas, implica la adopción de prácticas que van más allá de los contornos jurídicos que la sustentan, insinuando la génesis de las prácticas de corrupción en la gestión de lo público. Esto, con ecos del “hombre económico” de Adam Smith (1776), según el cual este es egoísta por naturaleza, -incluso cuando administra los recursos públicos-. En la misma línea, instrumentalista y problemática desde el punto de vista de la observancia del derecho positivo, “el gobernante puede fallar en su elección de los medios, y será ineficaz, pero nunca falla en su elección de los fines: el príncipe se halla por encima de lo común. Lo que le autoriza a evadirse de la moral es el estar por encima de la mediocridad ambiente” (Prelot, 1986, p.143).

Asimismo, en sintonía con estas concepciones de lo político que dan origen a la corrupción en la gestión pública, la contratación estatal se erige desde esta perspectiva de la adquisición y conservación del poder, como una forma de recuperación de las inversiones en campañas políticas y como medio para generar riqueza -por ejemplo-.

Tal hipótesis en la que puede ubicarse un decidor público, en una posición superior respecto del gobernado en la relación del poder, hace parte del imaginario social y político vigente en las sociedades más afectadas por el fenómeno de la corrupción. La pasividad política del gobernado que permite este orden de cosas, puede entenderse desde Maquiavelo (1929) como consecuencia de una aspiración modesta de aquel a un mínimo de seguridad, libertad y estabilidad: “siempre que no se quite a la generalidad de los hombres su propiedad ni su honor, viven contentos y en paz”.

Sin embargo, como hemos visto, esta caracterización del gobernado no es neutral, sino peyorativa. Esto quizás se deba a la noción maquiavélica de la plebe romana, perfectamente a la par de la que circulaba entre la aristocracia de la Ciudad Eterna. En sus *Discursos*, Maquiavelo dirá: “el pueblo, caprichoso e inconstante, engañado muchas veces por una falsa apariencia de bienestar, desea su propia ruina [...] y entonces la república queda expuesta a infinitos daños y peligros” (Maquiavelo, 1954, p. 216). Así, la indiferencia, el desconocimiento y la parsimonia parecen tolerar la corrupción desde tiempos remotos, dentro del marco de un aparente bienestar en medio de la precariedad que ella genera.

Sin duda, la escisión de lo moral en dos morales en el pensamiento político de Maquiavelo (la pública, como el comportamiento que se expresa según el rol que se desempeña en la sociedad y la privada, aquella inherente al fuero interno de cada sujeto, como sus creencias y aspiraciones), ayuda a entender la tolerancia a veces existente hacia las prácticas corruptas, pues el interés privado se contrapone al interés público, no existiendo un solo estándar moral como lo predicaba la Iglesia Católica, e incluso estando ambos en conflicto (Borón, 2000, p. 173).

Por todo lo anterior, siempre será necesario y vigente discurrir sobre este fenómeno. Analizarlo y discutirlo, no solo será útil para entender su estrecha relación con las formas de vivir la política en las sociedades humanas, sino para encontrar fórmulas que desde lo social y lo jurídico permitan la construcción de sociedades más prósperas, probas y justas.



En efecto, la política y la administración pública en la actualidad se desenvuelven en el interregno que hay entre una pretendida y desdeñada moral pública y las prácticas corruptas maquiavélicas:

La lealtad es del número de virtudes que no han existido y que, consecuentemente, el príncipe debe evadir. Los animales de los cuales deben los príncipes revestir sus formas, son la zorra y el león. De la primera aprenderán a ser mañosos y del segundo a ser fuertes. Aquellos que desdeñen hacer el papel de la zorra no entienden bien su oficio; en otros términos, un príncipe debe evitar sostener las promesas que considere contrarias a sus intereses (Maquiavelo, 2002, p. 99).

Lo que resulta claro, es que su visión se circunscribe al ámbito de la política y se deriva de su concepto de “lo político”. Leyendo así a Maquiavelo, no es el hombre en general quien será “ingrato, hipócrita, temeroso y avaro”<sup>1</sup>, sino el hombre político; es decir, todos los hombres en tanto y en cuanto se los considere en el marco de la pugna por el poder.

En Colombia, verificar las dicotomías maquiavélicas en el ejercicio de la política y específicamente en la administración de ese poder no es una hazaña, puesto que tanto la corrupción como la delincuencia dentro de la cual la primera se subsume según nuestra tipología penal especial, es uno de los principales problemas del Estado Social de Derecho. Esta genera innumerables problemas como la deslegitimación de la administración por pérdida de confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, incide en la reducción de la competitividad empresarial, deteriora las ya erosionadas e insuficientes políticas públicas, entre otros de un amplio abanico delictual constatado solo con observar cinco minutos de los noticieros y prensas nacionales (López, 2018).

Todo lo anterior es fácilmente predicable del contexto particular colombiano, sobre todo si se consideran cifras como las del mes de enero del 2021, cuando

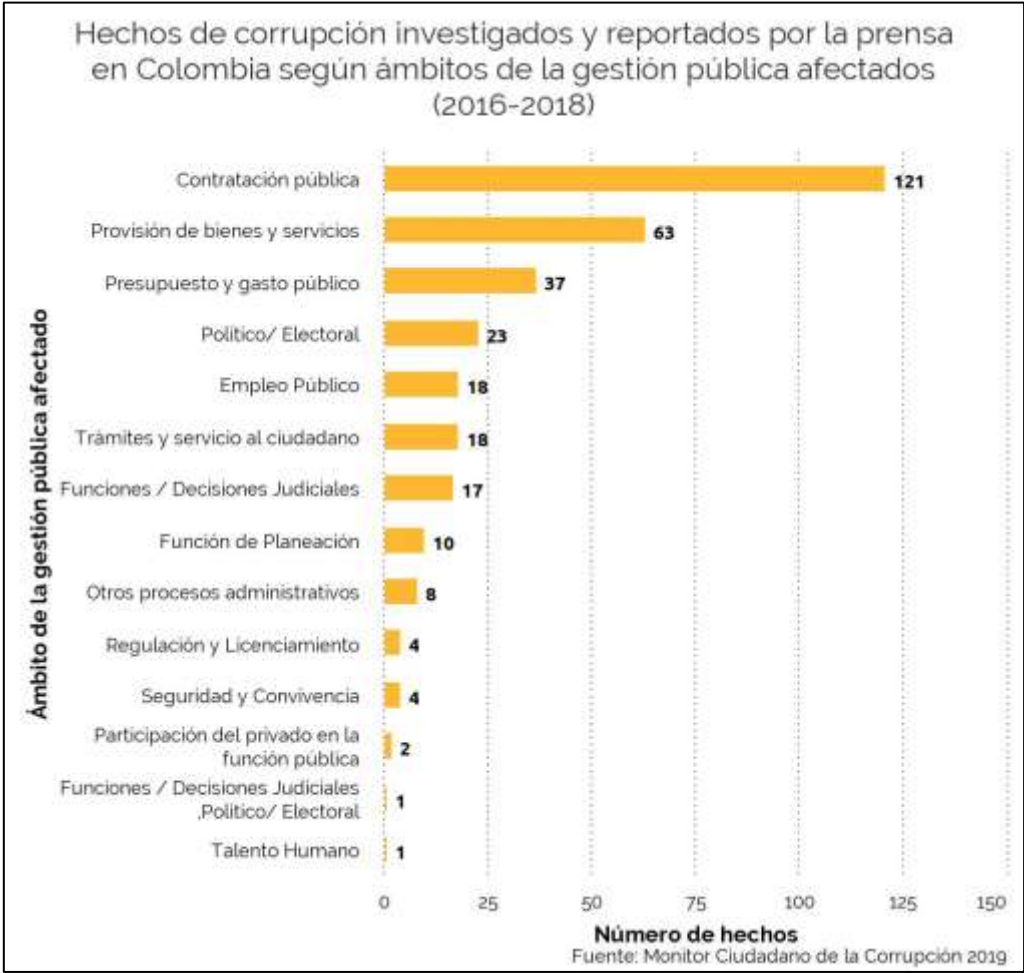
---

<sup>1</sup> Maquiavelo considera al ser humano, como una dualidad que se debate entre su condición humana y su condición animal. Es capaz de hazañas, logros y luchas, pero para alcanzarlas toma el camino del egoísmo y del instinto. Gurdíán, M. E. (2013). El concepto de ser humano en Nicolas Maquiavelo. Estudios, (26), 5.

Transparencia Internacional publicó su informe sobre el Índice de Percepción de la Corrupción de la vigencia 2020 en 180 países: Uno de los hechos identificados como práctica de corrupción es la “inflación de precios” (2021, p. 5). En una escala de cero (0) a cien (100), siendo cero el índice máximo de corrupción, Colombia tiene 39 puntos, y se ubica en la posición 92 de 180 países. Según el informe y la Fundación Paz y Reconciliación (2021) desde el 2012 al 2020 Colombia ha estado entre los 36 y 39 puntos, es decir, lleva una década estancado en el mismo nivel, “no habiendo logrado ningún avance significativo en su puntuación ni en la lucha contra la corrupción en el sector público” (2021, p. 6).

Las cifras consolidadas más actualizadas sobre hechos de corrupción en Colombia, se encuentran en el informe de la plataforma Monitor Ciudadano (2019), que se basan en los reportes de prensa durante el periodo del 2016 al 2018:

Gráfico 1.



Así, en las primeras posiciones se encuentra la corrupción administrativa, en sectores básicos como la educación, la infraestructura, el transporte, y la salud; cuyo ámbito de la gestión pública más afectado es la contratación pública, en casos que superan los \$ 10.000 millones de pesos y en los que el mayor número de actores involucrados son los servidores públicos, mediante los delitos de peculado y celebración indebida de contratos. La mitad de la corrupción administrativa compromete a la contratación pública: del 46% de hechos de corrupción administrativa asociados a la contratación pública, se identificaron 6 irregularidades como las más frecuentes: 1. Adjudicación o celebración irregular de contratos (29%). 2. Violación a los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad en la contratación estatal (17%). 3. Abuso de la figura de contratación directa (8%). 4. Detrimiento patrimonial por incumplimiento del objeto contratado (8%). 5. Apropiación ilegal de recursos en los contratos (6%). Y 6. Sobrecostos por irregularidades en celebración de contratos (6%) (Monitor ciudadano, 2020, p. 18).

En el caso que se describe como ejemplo de sobrecostos por irregularidades en celebración de contratos, se menciona que la Fiscalía demostró sobrecostos por más de 1000 millones de pesos en un contrato de 2000 millones (Monitor ciudadano, 2020, p. 21). Ahora bien, al realizar la sumatoria de todos los montos en juego en 207 hechos de corrupción que contaban con dicha información, la cifra obtenida fue de \$17,9 billones (Monitor ciudadano, 2020, p. 30). El 6% de los casos con sobrecostos representarían 12 de los 207 hechos, de los cuales cada caso podría estar alrededor de los 87.000 millones, es decir que en 12 hechos de corrupción por sobrecostos el presupuesto de los contratos suma alrededor de 1 billón de pesos, y si en estos 12 casos se demuestra como mínimo en cada uno un 10% de sobrecostos<sup>2</sup>, la cifra sería de 100 mil millones de sobrecostos en apenas 12 contratos, o lo que es igual a aproximadamente 8 mil millones en sobrecostos por

---

<sup>2</sup> Es importante tener en cuenta que en un solo caso se demostraron sobrecostos hasta del 50%. Estas cifras se exponen como una muestra de las dimensiones de la corrupción, en comparación con la inversión que podría hacerse de esos recursos. No se realizará un estudio particular de los casos, todos los detalles acerca de los mismos pueden ser consultados en <https://www.monitorciudadano.co/>

cada contrato, según se desprende del precitado informe. Cien mil millones de pesos que equivalen a 1000 viviendas de 100 millones de pesos cada una.

Sin embargo, es trascendental advertir desde ya que no todo lo que se denomina “sobrecosto” automáticamente debe ser tachado como un acto de corrupción, pues puede haber sobrecostos justificados cuando por ejemplo en la atención de situaciones imprevisibles se incrementa el valor de un contrato. Los sobrecostos a los que hace referencia el estudio anteriormente mencionado, son aquellos de los que no se encuentra justificación, por lo que se denominará como *sobreprecio*, a aquel fenómeno que tiene implícito el dolo o intención de querer apropiarse de recursos públicos por medio del valor adulterado de un contrato.

Finalmente, es pertinente señalar que de la metodología desarrollada, particularmente en lo que al rastreo de trabajos de investigación previos en la materia se refiere, se evidencia la casi total ausencia de fuentes académicas que versen específicamente sobre los sobreprecios en la contratación estatal. Con excepción de una sola fuente pertinente<sup>3</sup>, este fenómeno ha sido marginalmente estudiado, por lo que se acentúa la necesidad y el interés por contribuir a contornearlo y a entenderlo mejor: ánimo universal de la investigación y de la praxis académica universitaria.

Por todo esto, este trabajo gira entorno de los siguientes interrogantes: ¿cómo se determina la existencia de sobreprecios?, ¿cuál es el tratamiento normativo que recibe esta práctica?, ¿qué tratamiento jurisprudencial ha recibido y cómo ha determinado su existencia?, ¿qué límites marcan la existencia o inexistencia del sobreprecio?, ¿cuáles son los medios de control y de sanción en esta modalidad de corrupción?

En este orden de ideas, este ejercicio investigativo tiene como objetivo general identificar a los sobreprecios como una de las modalidades más frecuentes de corrupción en los contratos estatales. Para ello, se revisarán las características,

---

<sup>3</sup> Se alude específicamente al trabajo de grado para optar al título de magíster en derecho administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2012), presentado por Julieth Paola Valdés Perpiñán y titulado: “Sobreprecios en la contratación estatal”.

elementos y principales tipos de la corrupción como fenómeno político y jurídico, enfatizando en el precio como elemento del cual puede partir (Capítulo I). Posteriormente se revisarán los sobrepuestos en el marco de la contratación estatal colombiana, desde la norma y desde su desarrollo jurisprudencial (Capítulo II); y finalmente, se determinarán los medios de control procedentes para conjurar esta práctica y las consecuencias para quienes participan de esta modalidad de corrupción pública (Capítulo III).

Para el desarrollo de todo lo mencionado, este trabajo emplea una metodología de corte cualitativo y hermenéutico, en donde a partir de una técnica y base documental normativa, jurisprudencial y doctrinal, se analiza de forma detallada el fenómeno de la corrupción en la administración pública, haciendo énfasis en el caso especial de los sobrepuestos en la contratación estatal.

# 1. Capítulo I. Corrupción en la contratación estatal: elementos y formas

## 1.1. La corrupción como fenómeno.

La corrupción es un fenómeno que admite enfoques multidisciplinares y por tanto tiene explicaciones sociológicas, antropológicas y hasta psicológicas (Castro, 2009, p. 27); y puede ser abordada desde pluralidad de perspectivas. Con todo, se puede sintetizar como una falta de ética (González, 2006, pág. 39), orquestada por la ausencia de probidad en la sociedad, lo que incrementa el beneficio de unos pero de manera simultánea contraviene sus deberes, utilizando como medios la política y el sistema político en sí mismo.

Así, Edmundo González Llaca (2005, p. 48) indica que la palabra *corrupción* fue utilizada por Cicerón desde una perspectiva jurídico moral para referirse al soborno, cuya práctica era de común usanza en la antigua Roma, y la atribuye a una dinámica entre la ética y la existencia de normas, mostrando que **la corrupción surge en los vacíos de las normas**, los cuales pueden ser o no intencionales, y que la corrupción como némesis de la normatividad existe porque existen las regulaciones. Por otro lado, según Ernesto Garzón Valdez (1997, p. 43) en el Derecho la corrupción es un incumplimiento normativo, violatorio de obligaciones y constitutivo de abuso de poder tendiente a la obtención de un beneficio propio. Sin embargo, el enfoque de este trabajo estará en la contratación estatal, específicamente en el fenómeno de los sobrepagos como una de las manifestaciones de la corrupción: una práctica generalizada con consecuencias desapercibidas en el contexto de lo público; y por demás, tolerada e incluso “atractiva.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Los sobrepagos toman esta connotación ya que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano ninguna disposición que tipifique la conducta de manera inequívoca, según se verá durante el desarrollo de este trabajo.

La corrupción es pues, un fenómeno directamente relacionado con la distribución de la riqueza, acentúa la pobreza y mantiene la hegemonía de las clases dominantes, perpetuándolas en el tiempo y alejando las oportunidades de desarrollo de los grupos más vulnerables, dificulta el acceso de las personas a los servicios que requieren, y en general impide la realización y garantía de las prestaciones y de los derechos reconocidos por el ordenamiento a la ciudadanía.

Lo anterior, causado entre otros, por la corrupción en la contratación estatal, la cual se manifiesta de diversas formas (Rodríguez, 2017, p. 115), entre las cuales se pueden enlistar sin ánimo de taxatividad: evasión de los procesos de selección, elusión de las convocatorias públicas, contratación directa, fraccionamiento de contrato (cuyo vicio consiste en dividir un objeto y unas actividades en varios contratos que puedan celebrarse directamente o mediante la modalidad de selección de mínima cuantía, con el propósito de evitar los requisitos propios de una selección abreviada)<sup>5</sup>, pliegos sastre<sup>6</sup>, inicio de procesos de selección sin todos los requisitos de ley (falta de estudios y diseños, licencias o autorizaciones), y la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos de ley, como resultado de un proceso con vicios en su trámite e incluso desde su planeación (como puede ser a raíz de los sobrepresos establecidos en el presupuesto oficial).

El interés individual de los servidores públicos, que se encuentra en la génesis de todas estas prácticas, es un desafío permanente en la administración de lo público, pues no se puede servir a la sociedad y al mismo tiempo perseguir fines egoístas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Como por ejemplo contar con determinados indicadores de capacidad financiera, organizacional y capital de trabajo. También ocurre cuando una obra se divide en dos contratos: mediante un suministro que se adelanta a través de un procedimiento de mínima cuantía se adquieren los materiales necesarios y la mano de obra se ejecuta a través de prestaciones de servicios.

<sup>6</sup> Son aquellos elaborados de conformidad con las condiciones de un determinado oferente, a medida de sus capacidades, de tal manera que se elimina la posibilidad de que otros oferentes participen en el proceso.

<sup>7</sup> En la actualidad, la disminución de los valores internos y familiares ha obligado a las siguientes generaciones al deseo de acumular bienes materiales, esta nueva tendencia es más común en países oligárquicos donde los medios de información y las políticas de globalización penetran en diferentes ámbitos de la sociedad: como el individual, familiar, laboral y gubernamental. Lo más

Así, el servicio público puede convertirse en la autopista de la corrupción, pues la administración de los recursos públicos representa en el imaginario actual una fuente de dominio y de apropiación de riqueza. Carlos Castro Cuenca (2009) define la corrupción en los contratos estatales como el desvío del interés público, abusando del cargo con el propósito de obtener un beneficio extra en un acuerdo de voluntades celebrado por la administración y los particulares, y explica el fenómeno que se teje en este contexto que consiste en generar un proceso contractual “transparente” y “legal”, pero que ha sido objeto de la injerencia subjetiva e injustificada de quienes gestionan el proceso para la entidad, que es precisamente donde se materializa el abuso del cargo, generando un direccionamiento del mismo en favor de determinado oferente.

En un análisis de esta situación, Castro Cuenca propone tres elementos (2009, p. 33) del fenómeno a saber:

1) Elemento interno de la corrupción, consistente en la manifestación de la intención de una entidad de adelantar un proceso contractual que se verá afectado por la toma de decisiones no objetivas, lo que se traduce según el autor en una infracción a la libre competencia, pues en los procesos solo participarán aquellos que cuenten con “suerte de favorecimiento”, incluyendo a quienes tienen la capacidad de pagar un soborno. La adjudicación de contratos mediante el pago de sobornos como una de las situaciones que dan lugar a los sobreprecios, afecta el desarrollo del país, pues las empresas se enfocan en esos casos más en ganar el proceso mediante el ofrecimiento de estos, que mediante una verdadera competencia en términos de condiciones de calidad y experticia.

2) Elemento adjetivo de la corrupción, el cual consiste en la expedición de actos administrativos precontractuales contentivos de algún vicio de direccionamiento. Aquí es fundamental establecer un nexo de causalidad entre la

---

riesgoso es que invaden el ámbito público y dañan a los servidores, envolviéndolos en actos de corrupción. ÉTICA Y CORRUPCIÓN EN EL SERVICIO PÚBLICO, Aldo Ortega Méndez, pág. 2.



intención de quien gestiona el proceso contractual para la entidad y la forma de direccionamiento establecida en los proyectos de pliegos o pliegos de condiciones, pues no todo error en un proceso de contratación obedece a la intención de quienes adelantan el mismo y tampoco puede calificarse como un acto de corrupción, incluso hay modificaciones que obedecen a las solicitudes de los potenciales oferentes, las cuales deben ser analizadas de manera tal que no se conviertan en un favorecimiento respecto de alguno de ellos. Según Castro Cuenca (2009), esta es la forma en la que se deslegitima el Estado, cuando sus actos administrativos transgreden derechos. El direccionamiento irregular de un proceso de contratación se puede identificar cuando se establecen condiciones o requisitos para los participantes desproporcionados en comparación con la complejidad técnica del proceso.

3) Elemento material de la corrupción, en donde del presupuesto del contrato se deduce el pago de un beneficio para quienes favorecieron al contratista ganador en el proceso de selección. Según el Banco Mundial (Martínez, 2005), para direccionar un proceso de contratación, los responsables llegan a exigir entre un 10% y un 25%, del valor presupuestado para el contrato. Según el citado autor, con este aspecto se reduce la eficacia de la administración pública puesto que recursos que pueden ser invertidos en las necesidades de la sociedad terminan en manos de los corruptos.

Por otro lado, Transparencia Internacional (2006, p. 3) en su definición sobre la corrupción califica este fenómeno como una debilidad institucional por falta de aplicación de la ley, en donde se favorece a terceros con la inaplicación de la normatividad vigente establecida como garantía de procesos pluralistas, económicos y eficaces, acciones que producen resultados ilegales y antieconómicos, así como la liga a la ausencia de sanciones y a la falta de claridad en la ley (Consejo Nacional de Competitividad, 2020).

Asimismo, Transparencia Internacional (Martínez, 2005) indica que el direccionamiento irregular de los procesos de contratación inicia desde la elaboración de los pliegos de condiciones, incluso desde que se conoce el presupuesto con el que contará una entidad. Sin embargo, este tipo de irregularidades se han ido transformando a medida que son conocidas y castigadas por la justicia o por los entes de control.

En ese orden de ideas, en la práctica se ha presentado que los pliegos de condiciones, si bien son elaborados con base en unas condiciones genéricas e incluso en estudios que los sustentan, los potenciales participantes buscan adecuar el proceso a sus condiciones particulares, logrando habilitarse para la participación en los mismos; es decir que existen formas “furtivas” de lograr el direccionamiento de los procesos de contratación. Asimismo, las entidades pueden ajustar los estudios de mercado que realizan con el propósito de favorecer un proponente, habilitándolo y limitando las posibilidades de participación de otros potenciales oferentes. Un ejemplo claro de ello es la forma en la que se ajustan los precios de las cotizaciones que reposan en el expediente contractual para sostener un precio determinado y hacerlo pasar como si fuera el verdadero precio de mercado (Castro, 2009, p. 47), esta es una de las formas en las que se materializa un acuerdo colusorio, pues los potenciales oferentes de un proceso acuerdan establecer un precio de un bien, obra o servicio para que sea contratado con alguno de los concurrentes en ese acuerdo -por un precio muy bajo para que el proceso sea poco atractivo y posteriormente ser adicionado, o muy alto para que contenga el sobreprecio-.

El Programa de Las Naciones Unidas para el Desarrollo (2011, p. 13) identificó las irregularidades que generan corrupción en los procesos de contratación, como lo son la adquisición de servicios, obras o suministros innecesarios, la contratación por fuera de los precios del mercado, las excepciones a la licitación pública -como la contratación directa-, las adiciones y los monopolios de contratistas. Según lo describe, los monopolios de contratistas hacen referencia

a un conglomerado de empresas que por sus condiciones económicas y técnicas se convierten en los únicos capaces de ofrecer los bienes, obras o servicios requeridos por una entidad, anulando la posibilidad de otras empresas de ofertar en un proceso de selección. De ello se derivan los denominados acuerdos colusorios, en donde las empresas se “turnan” en la adjudicación de un contrato y eliminan indirectamente a los oferentes que no hagan parte de esos acuerdos ilegales.

Todo lo anterior tiene que ver con el desconocimiento de principios fundamentales de estirpe legal, como la planeación y la selección objetiva, pues toda entidad debe enmarcar sus compras públicas en un programa que atienda a la satisfacción de las necesidades de la comunidad, la cual es su foco de servicio. Por ejemplo, una alcaldía municipal tiene como carta de navegación su plan de desarrollo, el cual tiene como insumo la identificación de las necesidades de la población. Por ende una compra pública debe guardar coherencia o corresponder a las necesidades planteadas en el plan de desarrollo, plan estratégico institucional, o plan de acción, (según la entidad de que se trate), de ahí que un bien o servicio que se adquiriera como una “rueda suelta” -es decir, sin articulación alguna con dichos planes- representa una alerta de corrupción. La comunidad debe empezar por identificar cuáles son los compromisos adquiridos por una entidad pública en su respectivo plan y determinar si el contrato celebrado aporta al cumplimiento de este, y si satisface alguna necesidad de la población.

Empero, hay instrumentos más específicos, como lo es el Plan Anual de Adquisiciones<sup>8</sup> en el cual se anuncian los procesos de contratación que la entidad adelantará durante la vigencia. Es así como todo contrato debe encontrarse previsto, pues de no figurar puede ser un indicio de la falta de planeación de la entidad y de lo innecesario que puede ser el bien o servicio en cuestión, pues en los procesos con irregularidades abunda la improvisación y la falta de claridad técnica disfrazada de complejidad, de lo que se puede inferir que un proceso

---

<sup>8</sup> Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.1.1.4.1.

transparente debe ser entendible al menos para las personas con un grado de formación acorde a la especificidad del mismo, pues esas condiciones que generan penumbra gravitan muy cerca de los actos de corrupción.

Otra causa de corrupción, según Jesús González Pérez (2006, p. 44) surge a raíz de la falta de idoneidad de los funcionarios que adelantan los procesos de contratación. Indica este autor que la falta de conocimiento se presta para manipulaciones por parte de los oferentes, a lo que se puede agregar que también las asesorías malintencionadas pueden conllevar al personal de las entidades a cometer errores y resultar de manera involuntaria direccionando procesos de forma irregular.

Por su parte, Manuel Villoría Mendieta (2006, p. 72) aborda la corrupción ubicando su génesis en el mercado y la práctica política. Implícitamente expone una necesidad existente por parte de las empresas respecto del Estado, consistente en el favorecimiento mediante la expedición de normas convenientes para su práctica mercantil, presumiblemente a cambio de una dádiva exigida por quien tiene la competencia de tomar decisiones o expedir las regulaciones correspondientes. En ese sentido, describe la corrupción administrativa y política, ahondando un poco más en esta última al manifestar que la corrupción hace parte de las contiendas políticas como una especie de “caballo de batalla” pues la necesidad de ganar el favor de los electores les exige promocionar una imagen reivindicadora, de actitud honesta, justiciera, etc., lo que implica denunciar cualquier práctica en sus contendientes, corrupta o que aparentemente se pueda calificar como tal.

Villoría profundiza más en el tema del financiamiento de las campañas políticas como factor de corrupción describiendo que esa dependencia da lugar inclusive al crimen organizado situación que desata más violencia (p. 77). Explica Villoría que la expedición de normas a favor de un sector determinado también da paso al fenómeno conocido como “la puerta giratoria”, pues los beneficios de esos

favorecimientos son cosechados por quien diseñó el favorecimiento y lo convirtió en norma jurídica, no precisamente recibiendo un soborno a cambio, sino que al salir del cargo público se traslada al sector privado a beneficiarse de las normas por él expedidas, mediante el ejercicio de prácticas y actividades comerciales amparadas por dichas normas.

Ernesto Garzón Valdez (1997, p. 47) explica además que la corrupción es un delito participativo, que requiere de la concurrencia de varios actores: quien ofrece para recibir un favorecimiento y quien recibe para direccionar un proceso o una determinada decisión y que tiene ese componente específico de configurarse entre los particulares y los funcionarios gestores del proceso de contratación que tienen la potestad de tomar decisiones respecto del mismo. Aquí es importante resaltar que responsabilizar a un contratista de la ocurrencia de actos irregulares en un proceso de selección no tendría lugar si se tiene en cuenta que como contratista una persona que gestione el desarrollo de un proceso de contratación no tiene la potestad de tomar decisiones. Esta situación podría parecer irrelevante, sin embargo en el marco de una investigación judicial por los delitos de celebración indebida de contratos es un dato importante a tener en cuenta, ya que no es extraño que un ordenador del gasto o un funcionario con facultades de contratación delegadas argumente que todo se hizo a sus espaldas y responsabilice a otras personas, como asesores o contratistas de apoyo.

Concluyendo con Castro Cuenca (2009), para que un acto sea considerado como corrupto es preciso que se den varios presupuestos a saber: vulneración del interés público a cambio de la satisfacción del interés particular, abuso del poder, violación de un deber funcional y una prebenda que puede ser en dinero o en especie. El autor menciona por ejemplo cargos políticos y otro tipo de favorecimientos.

## **1.2. Circunstancias que motivan las prácticas de corrupción.**

Las condiciones laborales precarias, como puede ser el caso puntual de los contratistas que participan en la gestión de los procesos contractuales, son una de las causas que en una entidad conllevan a que se direccionen procesos. La inestabilidad laboral (Castro, 2009, p. 50) que representa dicha forma de vinculación, puede predicarse de cualquier persona que no tenga derechos de carrera. Castro Cuenca describe que el clientelismo o lo que también puede denominarse como “la maquinaria de la politiquería” sobrevive debido a la necesidad de conservar el trabajo por parte de los empleados y contratistas, quienes deben atender a las exigencias de sus denominados “padrinos políticos”, alineándose con sus intereses y facilitando el direccionamiento de procesos de contratación.

Otra situación que también debe mencionarse, es la que se produce por la necesidad de pagar la ejecución de acciones de la entidad que no tienen un respaldo contractual. Esto conlleva a adelantar procesos con sobrepagos mediante los cuales se puede obtener un saldo que se destinará al pago de deudas, aunado al afán de lucrarse a expensas de los recursos públicos.

En todo caso, esta caracterización es eminentemente teórica, y no constituye una declaración con pretensión de generalidad, ya que en cada caso deberá probarse en juicio y acreditarse debidamente.

## **1.3. Desconocimiento de los principios fundamentales de la contratación estatal.**

En la Ley 80 de 1993 se plantearon los principios de la contratación estatal, los cuales se deben integrar con los principios de la función administrativa de los

que habla el artículo 209 de la Constitución Política: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”, así como el principio de legalidad establecido en el artículo 6 de la constitución que reza “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; pues estos orientan las actuaciones de los servidores públicos. Por su parte los principios establecidos en la Ley 80 de 1993, son el de transparencia, responsabilidad, economía, equilibrio económico del contrato, buena fe en las actuaciones y el principio de selección objetiva, el cual se desarrolla en el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007.

En cumplimiento del principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales tienen el deber de establecer etapas que permitan el conocimiento de los informes, conceptos y decisiones del proceso de selección para que los interesados tengan la oportunidad de conocerlos y controvertirlos, las entidades deben otorgar la posibilidad de realizar observaciones; las actuaciones deben ser públicas, y los expedientes deben estar abiertos al público, la adjudicación de una licitación debe tener lugar en audiencia pública; se deben expedir copias de las actuaciones y propuestas recibidas a aquellas personas que demuestren interés legítimo. En los pliegos de condiciones se deben indicar requisitos objetivos para participar en el proceso; se deben definir reglas objetivas, justas, claras, y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; se deben definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato<sup>9</sup>; no se pueden incluir condiciones de imposible cumplimiento; se deben definir reglas que no induzcan a error a los proponentes o contratistas y que no dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; se definirá

---

<sup>9</sup> Literal C del numeral 5, artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

el plazo para la liquidación del contrato, cuando aplique; serán ineficaces las estipulaciones en los pliegos o en los contratos que contravengan estas disposiciones, o dispongan la renuncia a reclamaciones por los hechos aquí enunciados.

En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato; salvo los actos administrativos de mero trámite, los demás se motivarán de forma detallada y precisa, así como los informes de evaluación, el acto de adjudicación y de declaratoria de desierto del proceso; 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 estatuto general de contratación de la administración pública; los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

Este principio se complementa con el principio de publicidad respecto del cual la Corte Constitucional<sup>10</sup> ha indicado que:

En cumplimiento del principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública, la sustitución de medios físicos por electrónicos, para la publicación y difusión de la información relativa a los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación

---

<sup>10</sup> Ver Sentencia C-646/00 de la Corte Constitucional de Colombia.



estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. Así, el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, puede estipular diversos medios a través de los cuales dichas condiciones se cumplan, sean estos escritos o mediante el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, sistemas estos últimos que han sido avalados en pronunciamientos de esta Corporación como aptos para el cumplimiento del principio de publicidad.

(...) Para la Corte, la publicación de los contratos estatales en el SECOP cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa.

Es importante resaltar en este principio la directriz de evitar la declaratoria de licitaciones desiertas, dado el costo administrativo que tiene para las entidades, y el retraso en el desarrollo de los proyectos que plantea la administración pública.

De manera imperativa, este principio enfatiza en el deber de las entidades de definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato<sup>11</sup>, por lo cual los sobrepuestos son una violación directa al mismo, por ser una suma que no atiende a la realidad de la calidad de los bienes, obras o servicios o que exceden aquello que es necesario para la ejecución del contrato.

Por otro lado, en este principio se encuentra el fundamento de la responsabilidad de los servidores públicos por abuso o desviación del poder<sup>12</sup> conducta antijurídica que se comete al establecer sobrepuestos en los contratos o direccionar los procesos de contratación y principalmente la prohibición taxativa de evadir los procesos de selección y demás requisitos de contratación<sup>13</sup>, actuación que constituye una de las principales falencias de las entidades públicas y la forma

---

<sup>11</sup> Literal c del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>12</sup> Numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>13</sup> Ibidem.

en la que bajo interpretaciones acomodadas de las normas o incluso por fuera de ellas se contrata directamente para favorecer a un contratista y apropiarse de los recursos públicos a través de los sobrepuestos establecidos en estos contratos directos, enriqueciéndose sin justa causa e incurriendo en los delitos de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos y celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales; por ejemplo contratar bajo la figura de administración de recursos como forma de elusión de los procesos de contratación, es una violación directa al principio de transparencia, y es una práctica que dista de la facultad establecida en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la cual a su tenor literal indica: “Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado”. Finalmente también se destaca la prohibición de eludir los demás requisitos previstos en el estatuto general de contratación de la administración pública<sup>14</sup>, fundamento de los delitos de la celebración indebida de contratos.

Es preciso llamar la atención respecto a lo establecido en el párrafo segundo del mencionado artículo 24, en el cual el legislativo le dio al gobierno dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de la Ley 80, la potestad de expedir un reglamento de contratación directa que garantizara y desarrollara los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella. Lo que sea dicho de una vez, fue dejar una puerta abierta a la corrupción.

La transparencia de las actuaciones contractuales garantiza un control social traducido en la posibilidad que tiene cualquier persona de denunciar ante las autoridades competentes todo hecho, acción u omisión, de las partes contractuales, que produzcan contravenciones o faltas, o mediante la solicitud de nulidad absoluta del contrato (López, 2018, p. 65).

---

<sup>14</sup> Ibidem.

En cuanto al principio de economía, establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en las normas de selección y pliegos de condiciones se establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Con ese propósito los términos deben ser preclusivos y perentorios, para las diferentes etapas y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones; las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den lugar a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos.

Con todo, se debe tener en cuenta que las reglas y procedimientos contractuales buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados: los trámites se deben adelantar con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato; se deben adoptar procedimientos para la pronta solución de las controversias; las licitaciones y suscripción de los contratos se inician cuando exista la respectiva disponibilidad presupuestal; la conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones, se deben analizar con antelación al proceso de selección o firma del contrato según sea el caso.

De este principio es importante resaltar que la contratación estatal es un medio para lograr la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados, que no es un fin en sí mismo, sino un instrumento por lo que los procedimientos deben ser expeditos, sin dilaciones ni entramientos, principio que se quebranta de inmediato con el diseño que tienen procesos como la licitación pública, cuyos términos son extensos, de ahí que sea necesario reformar los procedimientos de selección y unificarlos en uno que sea realmente abreviado y garantista de los derechos de los oferentes, sin los ritualismos que gobiernan actualmente y adecuado para todas las entidades del Estado sin importar su nivel u orden

territorial, procedimiento de selección que podría ser la subasta por sus términos abreviados y por materializar efectivamente la libre competencia del mercado.

Igualmente, este principio también es importante porque al exigir que se impidan las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato, abre la posibilidad a las entidades estatales a tomar medidas inmediatas frente a situaciones que entorpezcan la ejecución de los mismos, de lo cual se puede inferir que no toda modificación que comporte una adición o prórroga a un contrato se constituya en una irregularidad pues el fin principal es su ejecución efectiva.

Como aspecto importante en este punto, no es posible dejar pasar desapercibido que aquí postula que en los procesos de contratación intervienen el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento<sup>15</sup>, lo que fortalece el principio de legalidad y se debe interpretar en conjunto con el principio de responsabilidad, pues de ello se desprende que la responsabilidad solo puede ser imputable a un sujeto siempre y cuando la falencia cometida corresponda a sus funciones o deberes legales establecidos según las competencias de la entidad en su estructura y manual de funciones.

De igual modo, debe existir coordinación cuando el jefe o representante legal de la entidad delega en servidores públicos de los niveles directivo o ejecutivo (artículo 12 de la Ley 80 de 1993) la actividad precontractual como contractual. Si bien el delegatario debe realizar esa tarea, el delegante no queda exonerado, por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia, conforme con el artículo 21 de la ley 1150 de 2007 (López, 2018, p. 73). Este principio también prevé la posibilidad de que en los contratos se presenten situaciones imprevistas que den lugar a los ajustes de precios tendientes a conservar el equilibrio económico del contrato.

---

<sup>15</sup> Numeral 9 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en virtud del principio de responsabilidad, derivado del artículo 6 de la Constitución Política de 1991, los servidores públicos tienen la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, proteger los derechos de la entidad, contratistas y de terceros que puedan verse afectados con la ejecución del contrato; responden por sus actuaciones y omisiones antijurídicas e indemnizarán los daños que se causen por razón de ellas; entidades y servidores responderán por abrir licitaciones sin haber elaborado los pliegos, diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios, o cuando los pliegos sean incompletos, ambiguos o confusos, que conduzcan a interpretaciones o decisiones subjetivas; las actuaciones de los servidores estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma. Los contratistas asimismo responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, también por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa y por la buena calidad del objeto contratado.

Este principio establece de manera implícita la responsabilidad por la mala planeación de un proceso de selección, y se desprende también un postulado relacionado con el principio anterior (de economía) el cual consiste en establecer la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección en el jefe o representante de la entidad<sup>16</sup>, y que este puede delegar, para lo cual es indispensable que medie un acto administrativo, así entonces para que un servidor sea responsable por una falta cometida en un

---

<sup>16</sup> Numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

proceso de selección, la misma debe encontrarse dentro de la esfera de sus funciones legales, establecidas en el manual de funciones de la entidad o delegada vía acto administrativo.

En cuanto al principio de selección objetiva, establecido en el artículo 5 de la ley 1150 del 2007, se indica que es objetiva la selección cuando se escoja el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Para ello, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, deberán tener en cuenta:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de la selección de consultores donde se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate, y ser puntuables. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.
2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones

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

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

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

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

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores:

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia,

todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las



entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

De tal forma que la Licitación Pública podría ser la regla general sin excepciones, pues es la modalidad de selección a través de la cual se materializa el principio de transparencia<sup>17</sup> y de selección objetiva<sup>18</sup>, en contraposición a la puerta que se abre a la corrupción a través de la contratación directa, modalidad de selección que se justifica por la celeridad que requieren ciertas actuaciones en las entidades. Sin embargo la licitación debe evolucionar a un procedimiento más abreviado y competitivo como el de subasta, el cual elimina cualquier posibilidad de manipulación por parte de la entidad pues es imposible predecir el valor de los lances de los oferentes durante la realización de la subasta, resultados que solo podrían llegar a manipularse mediante acuerdos colusorios tendientes a eliminar a algún oferente que no haga parte de ellos.

Finalmente, a propósito de la responsabilidad del representante legal (López, 2018) debe recordarse que la constitución y la Ley imponen deberes a la función pública y a su vez a los funcionarios públicos, de allí que la defraudación de las expectativas impuestas legalmente sea por acción, extralimitación de funciones u omisión, genere una eventual responsabilidad del servidor (...). El Estado pugna por el cumplimiento de ciertos fines, que son encomendados a sus funcionarios. Esto hace que los agentes en representación de las actuaciones estatales tengan a su cargo y sean garantes de la protección del bien jurídico de la administración pública; de allí que la omisión impropia genere responsabilidad penal.

Sin embargo, la posición de garante se adquiere cuando existen omisiones, las cuales pueden extenderse incluso a cuando no se impide que otra persona produzca un resultado típico. En tal orden, el sujeto activo en los delitos de comisión

---

<sup>17</sup> Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>18</sup> Artículo 5 de la ley 1150 del 2007

por omisión es quien tenga la posición de garante, y “quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado”. Es deber del jefe de la entidad, velar por un recto cumplimiento de funciones, por lo cual sería ilógico que se pudiese excusar afirmando que no tuvo conocimiento de un delito, pues la posición de garante la adquiere por el simple hecho de ser el superior de la dependencia estatal.

En el contexto de la contratación estatal, si en la producción del daño antijurídico quien realizó la delegación actuó de manera dolosa o gravemente culposa dando lugar a la reparación del daño por parte del Estado, el acto de delegación no excluye de responsabilidad, y en consecuencia puede ser sujeto pasivo de la acción de repetición o el llamamiento en garantía, así no haya sido el funcionario que suscribe los actos contractuales que generan la responsabilidad.

Con lo anterior, la posición de garante en cuanto a la delegación administrativa surge en relación con los deberes de dirección, orientación instrucción y seguimiento, que serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la constitución y a la ley (art 12 ley 80 de 1993).

## **1.4. El precio en la contratación pública.**

El precio se define como el valor que se da a cambio de un bien o servicio (Stiglitz, 1994, p. 105). Dependiendo del contexto puede denominarse salario -como en una relación de trabajo-, intereses, en el caso de los créditos, o renta en el caso del alquiler de bienes inmuebles.

El economista español José Manuel Lara asimila el concepto de precio y valor (1982, p. 520), al decir que el precio es el valor pecuniario de una cosa. No obstante, desde la obra de “El Capital” (Marx; Engels, 1978) podemos advertir que no es así, pues el significado que se le da al valor ha sido el de la capacidad que se

otorga a una cosa para suplir deseos o necesidades de las personas, es decir la importancia que damos a las cosas (Zorrilla, 1994, p. 235), por otro lado el precio es una cualidad intrínseca de la mercancía que le permite funciones de uso y de cambio (Zorrilla, 1994, p. 235). El marxismo determina que el valor de la mercancía está condicionado por la cantidad de trabajo, que se invierte en su producción. De allí que el sobreprecio, es aquella cantidad de dinero que excede la capacidad del presupuesto de un contrato para satisfacer una necesidad, y desde el punto de vista del marxismo, es una suma que no representa la cantidad de trabajo necesario para obtener un servicio, una obra o un bien.

En el contexto de la contratación estatal, el precio es una contraprestación para el contratista, que se genera al cumplirle a la entidad respecto de aquello a lo que se obligó a dar o hacer. Bustelo (2002, p. 587) define el precio como el derecho de percibir la remuneración establecida en su favor, a cambio de las prestaciones que debe ejecutar. El precio es también un elemento esencial de la contratación estatal como criterio de selección de los oferentes. Juan Ángel Palacio (1997, p. 135) indica que el precio es un factor de escogencia y ponderación de la oferta que no debe establecerse como el determinante, sino que en conjunto con otros factores de selección arroje la oferta más conveniente.

El numeral 1 del artículo 5, la Ley 80 de 1993 se refiere al precio al decir que el contratista tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de ella no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En materia de contratación estatal el precio dependiendo del contrato es un elemento esencial, partiendo de la definición que trae el Código Civil, al enunciar el artículo 1501 que “son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”, en ese sentido, al no haber precio estaríamos ante contratos de donación o comodato, siendo de la esencia en los contratos de prestación de servicios, de obra, de compraventa y suministro.

El Consejo de Estado<sup>19</sup> afirma que el precio es un elemento esencial del contrato y que la cláusula que lo contiene es estimativa sin fuerza vinculante pues el verdadero precio será el que resulte de la ejecución total del contrato, y que los contratos se celebran para la ejecución completa, íntegra del objeto sin que se convierta en una limitante, la estimación del precio<sup>20</sup>, lo que sostiene la posibilidad de adicionar los contratos estatales en el marco de la regla establecida de no superar el 50% del valor del mismo, debidamente justificado y con el propósito de cumplir con los fines de la contratación.

El tratadista Dromi (1995, p. 365) indica que el precio debe ser: 1) En dinero. 2) Cierto e incondicionado. 3) Real e intangible, es decir el precio de la oferta de un proponente debe guardar coherencia o proporcionalidad con los precios del mercado, debe ser cuantificable o susceptible de medición, esto es, que no sea incierto, y que pueda modificarse o ser variable según las circunstancias que incidan en el contrato.

Palacio Hincapié (1997), por su parte, se refiere al precio como factor de selección determinante en procesos cuyo contrato sea de compraventa o suministro pero secundario en procesos donde el contrato sea de consultoría por ejemplo, donde los factores primordiales son la idoneidad y experiencia del contratista. El precio en los procesos de contratación debe indicar pues si es global o por unidades o si incluye sitios de entrega, en donde el valor de los fletes y de los seguros entra a ser parte de la comparación que se debe realizar. De ahí la importancia de definir en los pliegos de condiciones las variables del precio, como por ejemplo forma de determinación, momento del pago, y modo de hacerlo, incluyendo una fórmula de actualización (p. 165).

Rivero Ortega (2006, p. 893) habla de tres características fundamentales con las que debe cumplir el precio, este debe ser cierto, corresponder a la dinámica del

---

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

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

mercado y debe ser justo. En el derecho privado la autonomía de la voluntad faculta a las partes para establecer de acuerdo a sus intereses el precio. En contraposición en el derecho público se encuentra el principio de legalidad como exigencia sobre la fijación del precio, en búsqueda de adquisiciones al mejor precio, evitando a toda costa la dilapidación en la gestión de sus intereses, mandato derivado del principio de transparencia según el cual las entidades deben definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (Barra, 1989, p. 874) y de la obligación de consultar los precios de mercado, establecida en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 1150 del 2007 en donde se desarrolla el principio de selección objetiva.

El precio cierto: se trata de saber cuánto va a costar aquello que se va a comprar, en el sector privado un acuerdo no se invalida por el hecho de no indicar el precio, en el sector público es esencial el principio de transparencia y de planeación los cuales exigen conocer a fondo el precio de un bien, obra o servicio. (Ortego, 2006, págs. 893-906).

Las entidades estatales no pueden iniciar un proceso de contratación desconociendo el precio, esta es la primera diferencia con el sector privado en el que un acuerdo no se invalida por no tener la certeza del precio, así entonces, el precio es un requisito de la esencia de los contratos estatales (Barra, 1989, p. 874). Dicho requisito, como lo mencionaba Dromi, al ser incondicionado e intangible, puede ser relativo, ya que en contratos en los que se ejecuta por ejemplo obras y en la atención de declaratorias de urgencia manifiesta el precio puede variar, y ello por la sencilla razón de que en medio de una urgencia manifiesta no es posible convocar a una licitación, y en cuanto a los contratos de obra, es preciso aclarar que el precio que puede variar es el precio global y no el precio de los valores unitarios, el primero varía como resultado de mayores o menores cantidades en la obra, salvo que circunstancias del mercado y no imprevistos en las cantidades de obra, afecten los valores unitarios.

En este punto, es preciso enunciar el *principio del precio cierto* (Barra, Págs. 874-875), el cual desde el punto de vista presupuestal se exige por cuanto en la

administración pública se debe anticipar el gasto resultante de un determinado contrato y jurídicamente, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, los oferentes en una licitación pública deben poder enfrentarse a precios previsibles que permitan un margen de negociación para la definición de su propuesta. Es decir, si bien el precio debe ser cierto, no significa que sea inmodificable.

Sin detrimento de lo anterior, en la contratación privada no es exigible atender a los precios del mercado, ya que la autonomía de la voluntad de los contratantes establecida en el artículo 1602 del Código Civil, rige dicha relación, contrario a lo que ocurre en los contratos estatales donde la legislación aplicable exige que el precio sea adecuado al mercado, prohibiendo así los sobreprecios.

Quien debe conocer mejor que nadie los precios de una localidad es pues la misma administración (Ortega, 2006), de ahí que para establecer los precios de referencia se deba contar con un estudio permanentemente actualizado al respecto, pues las consultas históricas pueden ser potencialmente la repetición de un sobreprecio y la consulta a los oferentes puede dar lugar a acuerdos colusorios de los que habla el artículo 384 del código penal “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”.

Entonces, en la administración pública se debe hablar del precio justo a diferencia de la contratación privada, donde no necesariamente los precios atienden a dicha regla (Díez-Picazo, 2004), en la contratación estatal los precios deben atender al principio de equivalencia económica y sobre todo a la prohibición legal del enriquecimiento sin justa causa. Los procedimientos selectivos se convierten en garantía instrumental del cumplimiento de la búsqueda del mejor precio. El precio en la contratación estatal es el resultado de la búsqueda de ofertas en el mercado a través de un procedimiento legal, ajustado a la prestación realizada y cuyas variaciones han sido previamente determinadas legalmente, así se elimina cualquier posibilidad de imprevisibilidad del precio.

## 1.5. Consulta de los precios del mercado.

En primer lugar, debe quedar claro que el mandato legal correlativo se encuentra establecido en el numeral 2 del artículo 5 la Ley 1150 de 2007, de la selección objetiva:

2.(...) 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.

La obligación de consultar los precios del mercado, en sintonía con los principios de transparencia y planeación debe realizarse en la etapa de elaboración de los estudios previos. Así lo expresa el decreto 1082 del 2015:

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben (...) contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

(...)

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos...

Este numeral establece que se debe conocer en la etapa pre contractual el costo de los bienes o servicios a contratar según el objeto y sus variables como la cantidad, calidad, especialidad y, el lugar, y momento en que se celebrará el contrato. En este contexto se materializa el principio de legalidad cuando la administración no paga más de lo que cuesta un bien o servicio en el mercado, y evita así incurrir en detrimento patrimonial, dar lugar al enriquecimiento sin justa causa, al peculado por apropiación en favor de terceros, al interés indebido en la

celebración de contrato y a la celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, que básicamente son las conductas que confluyen directamente al pactarse un sobreprecio (Santofimio, 2004, p. 248).

Al respecto el Consejo de Estado ha afirmado: “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”<sup>21</sup>, con ello se busca extinguir la improvisación y la subjetividad en los procesos contractuales y que el valor de los contratos atienda exclusivamente a criterios razonables y objetivos.

Lo anterior atiende al postulado constitucional del artículo 333<sup>22</sup>, sobre la economía de mercado y libre competencia económica, ya que se califica a las entidades del Estado como otro sujeto incluido en la dinámica del mercado sometido a las reglas que determinan los precios en una economía libre y abierta ineludiblemente gobernada por las leyes de la oferta y la demanda (Santofimio, 2004, p. 248).

Precisamente, el gobierno de la oferta y la demanda fue la base de la Ley 80 de 1993. Del mismo surgió la necesidad de adecuar la contratación estatal a las circunstancias particulares del mercado, eliminando los precios oficiales que bien podría ocasionar que las entidades pagaran más de los que verdaderamente se exigía en el mercado por un bien o servicio; *contrario sensu* un precio artificialmente bajo ofertado por un proponente, también es una situación irregular del mercado, igualmente sancionable, así el punto intermedio de medición son los precios del mercado actualizados diariamente. Los precios del mercado son aquellos propios

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 23569 del 13 de noviembre de 2003.

<sup>22</sup> 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.



del lugar en el que se suscribirá y ejecutará el contrato, prevaleciendo el lugar de ejecución pues es en este aspecto donde se debe tener en cuenta variables como el precio de la mano de obra, del transporte, la calidad de los bienes y servicios ofertados en ese lugar, los impuestos, la temporada del año en la que se ejecutará el contrato, entre otros.

El precio de mercado debe atender a las particularidades del lugar en el que se ejecutará el contrato, como por ejemplo el valor del transporte de materiales, los tributos, salarios, temporada de ejecución, las exigencias de la entidad como la calidad, la garantía, la forma de pago, entre otros (Pinno, 2005, p. 164). Es claro entonces que se deberá contar con distintas metodologías dependiendo del tipo de contratación, en el caso de suministros y compraventas un estudio bien elaborado debe arrojar información sobre los costos de producción, porcentajes de comisiones por venta y márgenes de ganancia, según la cantidad, la forma de pago, el sitio de entrega, la calidad y la garantía; en otros contratos como consultorías y prestaciones de servicios se debe estimar el costo del personal, equipos, gastos de oficina, prestaciones, imprevistos y utilidades; en los contrato de obra, el costo de maquinarias, materiales, salarios, gastos de administración, imprevistos y utilidades.

## **1.6. El precio debe ser razonable y objetivo. Condiciones del mercado.**

Desde el punto de vista de la planeación, es indispensable conocer previamente el precio real de mercado, sometiendo la ejecución presupuestal a las reglas del mismo, ya que el Estado no tiene razón jurídica válida para pagar más por un bien o servicio que aquellos usuarios o compradores del sector privado, salvo el cálculo de los costos representados en los descuentos correspondientes por ejemplo a estampillas y seguridad social. Atender a las reglas del mercado implica tener en cuenta el objeto a contratar, en un momento y lugar determinados,

las circunstancias específicas de ese lugar y momento, las variables de cantidad, y calidades requeridas (Samuelson, 1996, p. 6).

De otra parte, a propósito de la determinación del precio de mercado (Santofimio, 2004, p. 167), es importante hablar en primer lugar de las cotizaciones. Estas se remiten a los potenciales oferentes con la información relacionada con el objeto del contrato, el lugar de ejecución o sitio de entrega, el plazo, la forma de pago, los ítems, o elementos a adquirir y/o las actividades a ejecutar, así como los gastos que deberá asumir como pólizas, estampillas, retenciones y seguridad social. La información debe requerirse a personas o empresas cuya actividad económica u objeto social se relacione con el objeto del proceso, y así poder obtener el precio de mercado.

Igualmente, en el análisis de consumo y precios históricos se espera que las características entre una contratación y otra deben guardar similitud o tener un objeto con el mismo alcance. Es fundamental que al aplicar esta metodología se sume al valor obtenido, el aumento anual del IPC de los años transcurridos y se examine si ha habido algún fenómeno económico que haya implicado alzas o bajas significativas en el intercambio del bien o servicio.

Con los anteriores métodos se busca que el precio efectivamente surja del mercado y no a raíz de consideraciones subjetivas y arbitrarias del ordenador del gasto de la respectiva entidad, por ello un precio debe poder sustentarse en la verificación que del mismo se haga en el mercado (Santofimio, 2004, p. 172).

Con todo, la gran dificultad reside en que los sobrepuestos son una forma de corrupción compleja. En primer lugar, porque no hay una definición legal, donde sea tipificado y sancionado, por lo que para dilucidar su configuración hay que hacerlo por vía de abstracción de otras infracciones a deberes legales. En segundo lugar porque su identificación en la realidad es difícil en el sentido de que puede haber formas de ocultar las cantidades ejecutadas en un contrato, en el que se paga un mayor número de cantidades de las que efectivamente se ejecutaron u ocultar la verdadera calidad de un bien o servicio. En tercer lugar porque a falta de su caracterización y diferenciación con el concepto de sobrecostos, también da lugar

a que se utilice como una herramienta para endilgar responsabilidad a funcionarios cuando no hay lugar a ello porque los costos pueden estar plenamente justificados. Y en cuarto lugar, porque puede ser imperceptible ya que es posible que resulten soportes de ejecución que respalden el valor de un contrato, incluso cotizaciones que soporten dicho valor en comparación con los precios del mercado, por lo que se hace necesario indagar más a fondo como en la contabilidad del contratista, facultad que tienen las Contralorías en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, o la Fiscalía en el marco de un proceso penal.

Por el impacto que genera en la desviación de recursos públicos como se sustentó a partir del informe de Monitor Ciudadano (2019), por su falta de regulación y por la falta de conocimiento que hay al respecto es un tema de actualidad, que requiere ser analizado a fondo, discutido y sobre todo expuesto al público para que salga de esa penumbra de la corrupción gris (Villoria, 2014, p. 163) y se logre el establecimiento de una regulación acerca de los precios de los contratos estatales.

En el siguiente capítulo se definirá el concepto de “sobreprecio”, sus características, parámetros de identificación y se analizará la normatividad colombiana para rastrear si ha sido o no previsto en ella, así como la jurisprudencia que venga al caso.

## **2. Capítulo II. Los sobrepuestos en la contratación estatal colombiana: definición, revisión normativa y desarrollo jurisprudencial**

En el capítulo anterior se adelantó la caracterización del fenómeno de la corrupción, indicando las causas de la misma, sus elementos y manifestaciones, especialmente en el contexto de la contratación estatal. Asimismo, se abordó el concepto de precio y la forma de establecerlo en los contratos públicos y aproximaciones a la identificación del sobrepuesto. En el presente capítulo se realizará un rastreo legal y jurisprudencial acerca de la definición del concepto de sobrepuesto, y se identificarán los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un sobrepuesto, así como las situaciones en las que no se configura.

La contratación de bienes y servicios al margen de los precios estándar del mercado, es un fenómeno socialmente percibido de forma continua en el contexto colombiano. Si bien las entidades públicas exigen el pago de estampillas, seguridad social, tasas, etc., que obligan al vendedor a incrementar sus precios para no ver afectada su utilidad; una vez evaluados los costos directos e indirectos se puede constatar una diferencia respecto del valor estándar al que se ofrece el bien o servicio en el mercado. En esa circunstancia puede afirmarse que existe un sobrepuesto, esto es, cuando la utilidad en el contrato con el Estado rebasa la utilidad que se obtendría al contratar con cualquier particular. Aquí se rompe el equilibrio entre la calidad y el precio: lo que se paga no es proporcional a lo que se recibe.

Asimismo, en actos contractuales como las adiciones se pueden evidenciar actos de corrupción en la contratación estatal, entre los que se configuran frecuentemente los sobreprecios. De hecho, es perfectamente posible que el proceso contractual que resulta en la adjudicación y celebración de determinado contrato se adelante con estricto apego a la ley. Incluso que la oferta ganadora sea una de las más bajas a efectos de obtener la adjudicación del contrato. Sin embargo, se precisa que el menor valor de una oferta en procesos de licitación pública y selección abreviada no es determinante para obtener la adjudicación del proceso pues ello depende del número de ofertas que se presenten, del valor de cada una, y de la fórmula que se aplique para el otorgamiento de puntaje<sup>23</sup>, más aquí los sobreprecios no se presentan al momento de la presentación de la oferta sino durante la ejecución del contrato.

En efecto, pueden estipularse *ex post facto* cantidades imprevistas, que no es posible verificar a simple vista, como por ejemplo el mayor uso de materiales en cimientos o la supuesta utilización de maquinaria que nunca estuvo realmente en una obra, mayores costos frente a incidentes causados por la naturaleza como derrumbes, inundaciones, entre otros; situaciones que van en contravía del principio de planeación. De aquí la importancia de la identificación y asunción de los riesgos previsibles para evitar que la entidad termine adicionando un contrato por situaciones que debieron ser evaluadas por el contratista antes de la presentación de su oferta.

Anteriormente, las entidades calculaban un porcentaje de imprevistos en el presupuesto del contrato. Actualmente, esa práctica está en desuso: algunas entidades pactaban esos imprevistos como una especie de alea, que de presentarse debía cubrir los gastos en que incurriera el contratista y de no presentarse sería una ganancia para él. Otras por el contrario, descontaban su pago del valor total del contrato. Con todo, a la hora actual, la práctica que más se ajusta a derecho es la que consiste en que no se pacta una cantidad de dinero por

---

<sup>23</sup> Inciso final, párrafo 3, artículo 30 de la ley 80 de 1993.

imprevistos y de ocurrir, estos deben ser debidamente probados para que la entidad proceda a su reconocimiento mediante la adición del contrato.

Lo anterior, como preludio de una práctica lesiva del interés público, nefasta para la realización de los fines del Estado y presente en otras prácticas contractuales, como se verá. A continuación pues, revisaremos detalladamente la génesis, los contornos y la caracterización de los sobreprecios, teniendo como horizonte el ámbito colombiano.

## **2.1. Reseña histórica de los sobreprecios.**

El justo precio, figura originaria del derecho canónico, permitía la aplicación de la rescisión por lesión enorme hasta en un 50% en los contratos de compraventa (Ariño, 2006, p. 725). Los canonistas definieron el precio justo como aquel equivalente al “ius”, lesionándose cuando una de las partes contratantes recibe algo que no equivale a lo que entrega. Con el código Napoleónico, cuya filosofía bebió de las ideas liberales de Adam Smith y Jeremías Bentham, la “libertad de pactos” desplazó el postulado de justicia. En este contexto, prevalece lo que cada contratante considera de su beneficio, por lo que cada quien sabe lo que le interesa y en esa libertad “no hay vicios, error o engaño” (Ariño, 2006, p. 726) y hay libertad de consentimiento sobre lo que es lo justo (postura propia del liberalismo económico).

Como resultado, el código francés vigente, en su artículo 1674 estipuló la acción rescisoria cuando se lesionaba en más de siete doceavas partes del precio, no por falta de equivalencia sino por vicios del consentimiento como violencia o dolo (Ortiz, 2006, p. 726). En las regiones donde imperó el sistema romano germánico solo el engaño o la violencia como vicios del consentimiento impedirían que cualquier precio pactado sea un precio justo.

En general, de conformidad con esta breve exposición histórica, puede afirmarse que el sobreprecio surge del engaño.

## **2.2. Definición del sobreprecio.**

En el derecho privado clásico prevalece la idea de la autonomía de la voluntad, y en consecuencia el precio es un concepto relativo, ya que cada quien según sus propias expectativas determina qué alcance le puede dar al mismo.

No ocurre así en el derecho público, pues en este contexto sí debe imperar la idea del precio justo según la cual debe existir equivalencia o equilibrio entre el bien o servicio que se recibe y el valor que se paga por ellos: se busca con las compras públicas el precio más conveniente para el interés público, pues la administración pública no tiene los mismos propósitos de una empresa, los cuales consisten fundamentalmente en generar lucro.

El criterio del interés general, significa que el Estado en sus compras debe buscar la optimización de los recursos públicos, evitando convertirse en una fuente de riqueza de los administradores de turno, razones por las cuales el precio del contrato debe atender al promedio establecido por las condiciones del mercado. Entonces, **un precio que no se ajusta al promedio del mercado para las mismas condiciones y cantidades de un bien o servicio, cuya utilidad rebasa la generalidad, que no encuentra justificación dentro de las circunstancias y el contexto que rodea el contrato es lo que constituye sobreprecio y lleva implícito el dolo o intención de querer apropiarse de recursos públicos por medio de ese valor**; fenómeno intrínseco a la corrupción en los contratos estatales, pues surge debido a que el contratista que inicialmente se acerca a la administración como un “negociante” u oferente, ofrece dadas al funcionario o directivo en cuya cabeza se encuentra la dirección del proceso de contratación buscando su favorecimiento con la adjudicación del contrato, el cual una vez adjudicado requiere de la materialización de unos costos que alteran el nivel de los precios, ese costo

extra se traduce en un mayor precio del bien o servicio transado, entonces contrario a la optimización de los recursos públicos lo que se presenta es una ineficiencia económica al pagar más por iguales o menos cantidades o calidades en bienes y servicios (Martínez, p. 159).

El Estado demanda continuamente bienes y servicios que puede adquirir a través de los procedimientos creados para garantizar principios como el de transparencia y economía, no obstante el funcionario que tiene la competencia jurídica para dirigir un proceso de contratación incurriendo en desviación del poder puede optar por ignorar dichos principios contratando a quien haga el pago de un soborno (Martínez, 2006. p. 153), el funcionario entonces restringe las posibilidades de cumplimiento de las condiciones de los pliegos a los oferentes y establece condiciones de conveniencia para un determinado oferente y no para el Estado (Martínez, 2006. p. 153).

En concordancia, según un estudio del Banco Mundial (2002), en Colombia el monto de los sobornos oscila entre el 10 y el 25% del valor del contrato, teniendo como promedio el 19%, siendo la contratación en el país equivalente al 70% de las inversiones públicas los sobornos alcanzarían un promedio de 5.6 millones de dólares anuales, lo que representa un 0,56% del PIB que en el año 2020 fue de 1.002 billones de pesos.

Con todo, una perspectiva diferente de los sobrepagos permite agregar que estos no siempre ocurren a raíz de desviación del poder o de prácticas reprochables como el soborno, sino que pueden obedecer a otras causas. Al decir de Dávila Vinuesa (2003, p. 204) “no todo lo que se imputa como sobrepago lo es, ni todo sobrepago es reprochable”, pues se pueden dar precios que sobrepasan aquel promedio del mercado y según las circunstancias de tiempo, modo y lugar se pueden encontrar plenamente justificados.

Así las cosas, afirmar que existe un sobrepago no puede ser producto de una simple comparación entre el valor pactado al inicio del contrato y el precio resultante al finalizar la ejecución del mismo, ya que la magnitud de ciertos proyectos implica que el precio inicial de un contrato sea estimativo, esto es, cierto y determinado para



cada ítem pero incierto para las cantidades reales necesarias para cumplir con el objeto contractual; cantidades que deben ser verificables en campo o en la realidad para que dichas adiciones no se conviertan en sobrepuestos (Dávila, 2003. p. 203). En este punto es importante advertir que las adiciones en obras como cimientos o alcantarillados, cuya verificación físicamente se torna imposible, tienen la potencialidad de ser una cantera de sobrepuestos, caso en el cual se debe acudir a examinar la contabilidad del contratista.

Ahora bien, igualmente importante es saber cuándo no se configura un sobrepuesto. Por ejemplo, una permanencia extendida del contratista en una obra debido a la entrega por parte de la entidad de diseños erróneos que conlleven a modificaciones en las cantidades de obra y sea necesaria la realización de adiciones al contrato, no puede entenderse como un caso irregular. Empero, no puede significar la inclusión de nuevos ítems de obra, por cuanto se estaría ante la imperiosa necesidad de celebrar un contrato adicional, el cual exige la escogencia de un nuevo contratista de acuerdo a los análisis establecidos por la jurisprudencia sobre este tema.<sup>24</sup>

La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual (14).<sup>25</sup>

Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Sentencia SP18532-2017/43263 de noviembre 8 de 2017, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SP18532-2017, Radicación: 43263.

<sup>25</sup> 14 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. número 2081733 25000-23-26-000-2002- 000372-01 29201, de 29-IV-015.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. 2027402, de 30-X-03.

La ejecución de las obras adicionales o complementarias (en el contrato adicional) no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias. Para su reconocimiento es imprescindible la suscripción de un contrato adicional:

(...) la realización de obras adicionales, supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo, se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el contrato, su reclamo resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa<sup>27</sup>.

En el escenario de la necesidad de nuevos ítems de obra, al entenderse dicha situación como un desborde de objeto del contrato, ni siquiera debería haber lugar a la existencia de sobrepuestos porque no se podrían pactar esos ítems adicionales con el mismo contratista sin adelantar un nuevo proceso de selección. De hacerlo se incurriría en una nulidad del contrato por la ilegalidad que se genera al evadir el proceso de selección, vulnerando el principio de escogencia objetiva del contratista. No hay lugar a una nueva categoría de sobrepuestos porque el contratista está ejecutando ítems necesarios, por ende justificados, pero el defecto consiste en que no debería hacerlo sin participar en un proceso de selección.

No hay sobrepuestos tampoco cuando se busca conjurar situaciones imprevistas o cuando se genera el fenómeno del *hecho del príncipe* y lo que se busca es el restablecimiento del equilibrio económico del contrato<sup>28</sup>. Es preciso advertir que los precios de los bienes y servicios en el mercado dependen fundamentalmente de las condiciones del lugar, del contexto, del tiempo y el modo de ejecución o entrega del bien o servicio. En ese sentido, si el contexto cambia el precio puede ser diferente,

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, número 2034904 de 18-IV-02, y Rad. 20074009 de 31- VIII-011.

<sup>28</sup> Inciso 1º del artículo 27 de la ley 80 de 1993.

por lo que por ejemplo un ítem de obra cotizado en el análisis de precios unitarios a determinado precio aún sin que haya un incremento de las cantidades en el contrato, por variaciones en las condiciones de tiempo, modo y lugar de ejecución del contrato puede resultar siendo mayor, sin que haya lugar a sobrepuestos siempre y cuando esas variaciones se puedan comprobar, sobre constancia de ello y no sean imputables al contratista.

Lo anterior se explica parcialmente en lo que Jorge Garay (2007) indica cuando afirma que los sobrepuestos se dan en modificaciones contractuales perfectamente validas desde la perspectiva legal pero incomprensibles en términos técnicos. Esto se conjuga desafortunadamente con el sistema de contratación colombiano, que es engorroso y requiere con urgencia una reforma que reduzca tiempos, elimine la proliferación de regímenes excepcionales, y modalidades de selección, situaciones que de la mano de la burocracia dan lugar a la extensión de la práctica de sobornos. La transparencia de los procesos se ve obstaculizada por la “complejidad” de los mismos, las etapas que resultan incomprensibles dificultan el control social y la falta de publicidad en procesos de régimen especial facilitan acuerdos ocultos entre los contratistas y las entidades que generan detrimento de los recursos públicos.

### **2.3. Panorama normativo en Colombia a propósito del sobrepuesto.**

En primer lugar, vale la pena mencionar al **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”; dicho decreto permitía la contratación directa cuando se tratara de la compra de bienes que se adquirieran a precio corriente en el mercado o a precios fijados por autoridad competente (artículo 31), indicio de que los precios regulados no daban lugar a sobrepuestos; claro está, mientras se mantengan actualizados conforme a las condiciones del mercado.

Contemplaba además la posibilidad de revisar los precios en los contratos a precios unitarios, mediante revisiones permanentes de conformidad con las variaciones que pudieran afectar los costos (artículo 74); el reajuste de precios pudiendo pactar modificaciones al valor inicialmente convenido, para los casos en que los precios comerciales de los productos objeto del contrato sufrieran fluctuaciones, para ello ordenaba incluir en el contrato las fórmulas de reajuste a que hubiera lugar (artículo 106); establecía que cuando el precio de los bienes objeto de un contrato de suministro estuviera intervenido por el Gobierno, el valor y demás condiciones del contrato deberían tener en cuenta los respectivos reglamentos (artículo 150); en los contratos de compraventa de inmuebles establecía que el precio máximo que se podía pagar era aquel fijado por avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (artículo 120).

Para los contratos de arrendamiento indicaba que el precio se debía establecer por períodos diarios, mensuales o anuales, pero debían estar sujetos al precio de mercado, según la medida por metro cuadrado del inmueble, o la cantidad. Si se trataba de muebles, también influye en el precio, su estado y ubicación; y en los concursos de méritos los honorarios se pactaban según las tarifas de los colegios de profesionales aprobadas por el Gobierno, o según acuerdo de los contratantes basado en un porcentaje del costo final del estudio o de la obra (artículo 71). Puede apreciarse que dicho decreto propugnaba por una regulación técnica de los precios y en todo caso por el establecimiento del valor de los contratos atendiendo a los precios del mercado, a fin de imponer un límite a las entidades y a los contratistas, evitando así la configuración de sobrepuestos.

En vigencia del **Decreto-Ley 222 de 1983**, los entes territoriales y los descentralizados, tenían cada uno un régimen de contratación propio, lo que dificultaba la participación de los oferentes y el control sobre los procesos de contratación (Dávila, 2016. p. 12), como consecuencia de la facultad de tener un régimen de contratación propio, aumentó la corrupción (Dávila, 2016. p. 12), a pesar de que el presupuesto era manejado desde la nación. Este decreto exigía que para contratos superiores a 50 millones de pesos se contara con concepto favorable del

consejo de ministros y posteriormente se sometiera dicho concepto a revisión de legalidad en el Consejo de Estado.

Contemplaba además la posibilidad de revisar los precios del contrato a precio global o unitario, de manera periódica en función de las variaciones que impacten los costos (artículo 86), en las ocupaciones temporales para la realización de obras, indica que para establecer el canon de dicha ocupación se debe tener en cuenta los precios que fijen peritos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o en su defecto los avalúos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, practicados para tal fin (artículo 109), artículo que se mantiene vigente en la Ley 80 de 1993 (artículo 81), también establecía que podían pactarse modificaciones al valor inicialmente convenido, para los casos en que los precios comerciales de los productos objeto del contrato sufrieran fluctuaciones, para cuyo fin se debían incluir en el contrato las fórmulas de reajuste a que hubiera lugar (artículo 133), cuando el precio de los bienes objeto de un contrato de suministro estuvieran intervenidos por el Gobierno u otra autoridad, el valor y demás condiciones del contrato tendrían en cuenta la respectiva reglamentación (artículo 134), en la compraventa o permuta de bienes inmuebles el precio máximo de adquisición y el mínimo de venta debía ser fijado por avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el cual tenía un tiempo máximo de veinte (20) días calendario para efectuar el avalúo. Si éste no lo hacía en el tiempo indicado, el avalúo se podía solicitar a tres peritos designados en la forma prevista en el Código de Comercio (artículo 143), así mismo contemplaba las mismas condiciones del Decreto Ley 150 de 1976 para el contrato de arrendamiento, finalmente se hablaba de la contratación directa entre gobiernos la cual a pesar de no someterse a una licitación, en todo caso debían establecer condiciones y procedimientos que garantizaran precios justos y consultaran el interés nacional (artículo 247).

Posteriormente, la **ley 80 de 1993** surgió en el contexto de la necesidad de la apertura económica, esa fue la orientación de algunos redactores, mientras que otros pensaban en la necesidad de derogar el Decreto 222 de 1983 por la

corrupción que generó en las entidades debido a la proliferación de trámites distintos e innecesarios en todas las entidades.

El predominio del interés general como brújula de la Ley 80, colisiona con los fines del derecho privado (Jojoa, 2012. p. 91), sin embargo este último es necesario como régimen de las empresas estatales que se dedican a actividades industriales y comerciales, las que han demostrado ser eficientes y generar ganancias, situación que evidencia que el régimen de las demás entidades públicas y en consecuencia sus contratos no están diseñados para generar lucro, de acuerdo con lo cual los contratos de las entidades estatales distintas de aquellas, deberían tener establecido por ley un margen de costos indirectos y de utilidad, porque en estos no se premia como si sucede en los negocios entre particulares la maximización de ganancias.

Esto último es lo que precisamente ha venido generando problemas de corrupción cuando el particular entrega bienes y servicios a la entidad pública de mínima o escasa calidad para ampliar su margen de ganancia. Cualquier interés personal respecto del manejo de los recursos públicos, en materia contractual es reprochable para el ordenamiento jurídico<sup>29</sup>.

De otro lado, a propósito de la **Ley 80 de 1993**, la Corte Constitucional dejó claro que se trata de una ley ordinaria y que no podría estar por encima de otras leyes que establecían regímenes excepcionales, por lo que estos aún sobreviven (Quintero, 1995). Esta establece los límites a la autonomía de las entidades en materia contractual, define los principios básicos que rigen todos los contratos, establece la autonomía de la voluntad de los contratantes, y el sometimiento de estas al interés general.

De acuerdo a José Luis Benavides (2004. p, 19), la ley 80 se abrió a la globalización de la economía confeccionándose sobre principios neoliberales, y

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Radicado 66001233100020090087 -02. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

esto tiene una razón de ser ideológica sin complejidades y fue la promoción de la misma por parte del presidente de turno, economista de profesión, Cesar Gaviria. Este autor respalda la idea de que en la ley 80, hay profundas contradicciones, la más evidente y de mayores consecuencias es el intento de conciliar el interés privado y el interés público, así como la supuesta igualdad de condiciones entre contratante y contratista, rentabilidad versus eficiencia de los recursos públicos, régimen publico contra régimen privado, etc. Todas estas instituciones que desde el derecho francés han tenido históricamente un tratamiento diferente (Benavides, 2004. p. 19).

En este punto, es fundamental llamar la atención respecto a la facultad que desde la Ley 80 de 1993 se les otorgó a las entidades estatales para finalizar de manera unilateral los contratos que sean contrarios al interés general, en lo que puede incluirse los contratos con sobrepuestos, facultad que debe ser utilizada por las entidades en procura del mismo, esto como primera herramienta en contra de la corrupción por este fenómeno. Así quedó establecido en el numeral 1 del artículo 14:

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

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las

condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

(...)

**En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.** (negritas no originales).

Según el inciso segundo del primer numeral, la entidad debe devolver al contratista aquellas sumas a que tenga derecho, podría decirse, las inversiones que haya realizado que no tengan relación con los sobrepuestos del contrato, ya que no es dable para la entidad incurrir en un enriquecimiento sin causa. Contra el acto administrativo mediante el cual se dispone la terminación unilateral, procede el recurso de reposición y finalmente el contratista puede hacer uso de la acción contractual. Del numeral segundo se desprende que un contrato de concesión puede ser terminado unilateralmente por supuesto por causas originadas en sobrepuestos pues debe advertirse que este artículo 14 en su encabezado indica que estas facultades son medios para el cumplimiento de los fines de la contratación, entre los cuales se encuentra principalmente la satisfacción del interés general, precepto contundentemente contrario al enriquecimiento de los particulares a costa de los recursos públicos.

El artículo 17 desarrolla de manera más amplia la facultad de la terminación unilateral, así:

ARTICULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la **terminación anticipada del contrato** en los siguientes eventos:

1o. **Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.** (negritas no originales).

Vale destacar que este artículo precisa la posibilidad de terminar unilateralmente de manera anticipada el contrato cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, supuesto de hecho



en el que encaja el contrato con sobrepuestos precisamente por contrariar las normas de orden público que imponen el deber de celebrar los contratos tomando como base los precios del mercado.

En salvaguarda del patrimonio público, el artículo 7 de la ley 2014 de 2019, recientemente añadió el artículo 17B a la Ley 80 de 1993, facultando a las entidades a que una vez en firme y ejecutoriada la sentencia judicial que determina la comisión de delitos contra la Administración pública o de cualquiera de los delitos contemplados en el literal j) del artículo 8º de la Ley 80, se haga exigible por parte de la Administración la cláusula penal pecuniaria.

Debe diferenciarse con todo, la facultad de terminación unilateral que acaba de exponerse de la declaratoria de caducidad establecida en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, la cual procede por “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”, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa. Este proceso se adelanta cuando se está dentro del plazo de ejecución del contrato y hasta antes de su liquidación. Otra situación es la declaratoria de siniestro posterior a la liquidación del contrato, la cual no requiere de la realización de la mencionada audiencia.

La terminación unilateral como potestad excepcional se fundamenta constitucionalmente en el postulado que establece que la función pública tiene como propósito el cumplimiento de los fines del Estado y en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad del artículo 209. Además en el deber de los servidores públicos de ejercer sus funciones en el marco de la Constitución, la ley y el reglamento, respondiendo por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, según los artículos 6 y 123 constitucionales. El Consejo de Estado precisó: “El ordenamiento jurídico otorga a la autoridad competencias para sus actuaciones con

características de no ser negociables, ni transferibles; en su cumplimiento están comprometidos la tranquilidad y la seguridad públicas como elementos integradores del orden público”.<sup>30</sup>

A propósito de los precios, la ley 80 de 1993 establece que se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (artículo 24). La ley 80 estipula expresamente el principio de equivalencia entre derechos y obligaciones en el contrato, indicando que el rompimiento por causas no imputables a quien resulte afectado, implica adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento, suscribiendo los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de los gastos adicionales, del reconocimiento de los costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación establecidas en el numeral 14 del artículo 25 de la misma norma. Reitera la norma que en todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate (artículo 27).

La ley 80 estableció la obligación de cotejar las ofertas consultando los precios y condiciones del mercado conforme a los análisis realizados por los organismos consultores o asesores designados con ese propósito; con el fin de combatir la corrupción por sobrepuestos se había expedido la Ley 598 del 2000, hoy derogada, por medio de la cual se creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE).

Finalmente, mediante la Ley 1150 del 2007, se derogó el **Decreto 2170 del 2002**, reglamentario de la Ley 80 de 1993, el cual, a diferencia de la normatividad vigente, establecía una forma objetiva de realizar los estudios de mercado y proporcionaba las herramientas necesarias para el cumplimiento de dicho deber, simultáneamente establecía las consecuencias para los oferentes que

---

<sup>30</sup> Concepto Sala de Consulta C.E. 1293 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

desatendieran dicho precepto, así se encontraba establecido en el artículo 6 de mencionado decreto:

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).

La anterior norma fue el avance más significativo que en materia de lucha contra la corrupción a través de sobrepuestos se haya hecho en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que ni antes ni después de ella se ha creado una estipulación similar. Contradictoriamente, una herramienta eficiente y que promovía la transparencia en la contratación estatal fue abolida a través de la Ley 1150 del 2007 cuyo propósito era introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993.

## 2.4. Leyes posteriores a la Ley 80 de 1993.

Sin acciones contractuales para contrarrestar el fenómeno de los sobrepuestos, que procuraran la recuperación de los recursos públicos afectados, se plantea un proyecto de reforma a la Ley 80 para que al amparo del principio de la conmutatividad en los contratos estatales y de comprobarse la existencia de sobrepuestos, la entidad estatal no esté en la obligación de pagar los precios que de manera injustificada excedieran los precios de mercado del bien o servicio al momento de la expedición de la resolución de apertura de la selección.

También, aquellos casos de contratación directa, al momento de suscribirse el contrato se propone la acción por lesión para que las contralorías y procuradurías tengan legitimidad para solicitar al juez su pronunciamiento para que la entidad no deba pagar el valor que excediera el precio de mercado del bien o servicio que hubiera contratado, de comprobarse que dicha diferencia fuera desproporcionada e injustificada. La acción también podía adelantarse si la entidad ya hubiera efectuado el pago, solicitando el reintegro del dinero que pagó de más, con actualización al día que quede ejecutoriada la decisión, teniendo también el juez la potestad de ordenar una vez comprobada la mala fe por parte del contratista, el reintegro del valor en exceso que tuvo que pagar la entidad a título de sanción y a favor de ésta.

Sin embargo, ni en la Ley 1150 del 2007 ni en las normas que se expidieron posteriormente quedó plasmada dicha estipulación y por lo tanto hoy en día no existe en la contratación estatal la mencionada acción. En la Ley 1150 se contempló únicamente el planteamiento del derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 consistente en la obligación de comparar las ofertas allegadas frente al estudio de condiciones y precios del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.<sup>31</sup> Puede apreciarse

---

<sup>31</sup> Artículo 5 Ley 1150 del 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*

que la Ley 80 contó con el Registro Único de Precios de Referencia, para ese deber de cotejo, mientras que después de la Ley 1150 del 2007, existe un vacío legal al respecto, así entonces desde la expedición de ésta norma, no existen herramientas, no hay acciones judiciales específicas, ni causales de nulidad expresas, tampoco mecanismos para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el fenómeno de los sobrepuestos, el legislador ignoró las recomendaciones del proyecto de ley 85.

Luego, la Ley **1150 de 2007** se expidió con el objetivo de adelantar procesos de contratación transparentes y eficientes, introducir la contratación electrónica, y convertir la contratación en un instrumento de desarrollo económico y social (Araújo, 2011), desarrolló el principio de selección objetiva, delimitó las entidades de régimen especial; estipuló el deber de publicación de los estudios y pliegos de condiciones para facilitar su vigilancia por parte de la comunidad, introdujo la distribución de riesgos, los factores para la selección objetiva, la realización de las audiencias obligatorias en la licitación pública y el Secop. Sin embargo no agilizó el procedimiento de la licitación pública establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, la cual era una de las peticiones de reforma, tampoco se pronunció sobre la contratación con las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 355 de la constitución, que hasta ese entonces se encontraba regulada por la Ley 777 de 1992.

De acuerdo con Dávila Vinuesa (2016. p. 20), esta norma generó inseguridad jurídica por la proliferación de decretos reglamentarios que surgieron para su desarrollo y que fueron de muy corta duración como el Decreto 006 de 2008, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto 734 de 2012 remplazado por el Decreto 1510 de 2013 y finalmente el Decreto 1082 de 2015 vigente.

Mediante esta ley se creó la Selección Abreviada como procedimiento expedito para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Se dispuso que la selección del contratista no podía estar motivada por

---

*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”.*

razones subjetivas. De esta norma debe destacarse como instrumento anticorrupción el artículo 8, ya que mediante la publicidad de los procesos y la motivación de las razones por las cuales se acogen o no las observaciones realizadas a los mismos, se otorga mayor garantía de control y transparencia.

Puede afirmarse que el acierto de la Ley 1150 del 2007 fue el aumento de inhabilidades extendiéndolas a quienes han sido declarados responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones; esta inhabilidad se extiende también a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las anónimas abiertas.

Adicionalmente el hecho de establecer que **los jefes y representantes legales de las entidades en ningún caso quedaran exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.**

Con la **Ley 1474 del 2011**, se sanciona a quienes atentan contra la administración pública y establece las inhabilidades por multas o incumplimientos. Mejor conocida como el estatuto anticorrupción, incluye disposiciones de alcance penal en su contra. Estableció más responsabilidad al interventor, hizo más drástica la declaratoria de incumplimiento, así como las multas y sanciones, el principio de planeación en las concesiones fue fortalecido, dispone el manejo de anticipos a través de fiducias para garantizar que efectivamente se inviertan en la ejecución del contrato, e introduce la selección de mínima cuantía como herramienta para cumplir con los principios de transparencia y selección objetiva (Gómez, 2012. p. 62).

Como sanciones, contempla la Inhabilitación del contratista por un periodo de 3 años como consecuencia de incumplimientos reiterados, esto es, multas por más de 5 veces, o si se le ha declarado incumplimiento. Así como la responsabilidad civil, penal y disciplinaria del interventor del contrato en solidaridad

con el contratista por el incumplimiento en la ejecución del contrato, y la extensión de responsabilidad a los consultores y asesores.

Respecto al principio de planeación, estableció que en las licitaciones de obra pública al momento de su publicación se debe contar con los diseños de la obra, ya que a falta de estos se incurre en la improvisación dando lugar a los sobrepuestos que se evitan en una obra debidamente planeada.

Igualmente, la ley 1474 trae una serie de herramientas importantes, pero no suficientes, fundamentalmente porque el sobrepuesto no se encuentra tipificado como un delito y las consecuencias derivadas de la imposición de multas puede llegar a ser un precio que los corruptos estarían dispuestos a pagar a cambio de lo que pueden ganar a través de un contrato con sobrepuestos.

A partir de la información que puedan aportar estas medidas podría establecerse una relación entre los delitos tipificados en el código penal en el capítulo de la celebración indebida de contratos, artículos 408 a 410, y el fenómeno de los sobrepuestos para determinar el alcance de las responsabilidades tanto de los servidores públicos como de los particulares que incurran en ello, ya que desafortunadamente el fenómeno del sobrepuesto por sí solo, no genera responsabilidad penal, sin embargo ese análisis se realizará en un capítulo subsiguiente.

El literal D, del artículo 114 de la Ley 1474 del 2011 establece:

Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades:

(...) d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad.

El párrafo del mismo artículo señala:

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 sobrecostos en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas** o privadas que administren recursos públicos (negritas no originales).

Es decir que la Contraloría puede examinar la contabilidad del contratista y determinar el costo del bien o servicio, compararlo con el precio al que le vendió a la entidad estatal, analizar si para el momento de apertura del proceso de contratación o de la celebración del contrato ese precio se ajustaba al precio de mercado o no, y concluir si existe o no sobreprecio.

A continuación, es preciso mencionar el **Decreto 1510 de 2013**, el cual de acuerdo con Iván Darío Gómez Lee (2014), es relevante al momento de establecer el deber en la etapa de planeación de realizar un análisis exhaustivo para identificar el sector en el que se desarrollará el objeto de la contratación.

Esta norma estableció el deber de realizar el Plan Anual de Adquisiciones fortaleciendo el principio de publicidad ya que este documento le permite a la comunidad conocer con antelación los procesos de contratación que adelantará una entidad pública, aunque no sea obligatorio celebrarlos. Además, estipuló la obligación de publicar dentro de los tres días siguientes a su expedición los documentos y actos administrativos que se generen en razón del proceso contractual; se estableció la actualización anual del Registro Único de Proponentes (a más tardar el quinto día hábil del mes de abril) como requisito para participar en los procesos de contratación desde la selección abreviada, documento que contiene los bienes y servicios que ofrece una persona natural o jurídica, la experiencia, su capacidad jurídica, financiera y organizacional, y desaparecen los códigos CIU de este registro.

Asimismo, estableció el término de 10 días en licitaciones y 5 en selecciones abreviadas y concursos para la presentación de observaciones (artículo 23); las garantías a través de pólizas de cumplimiento, patrimonio autónomo, o bancarias. Se estableció el deber de los oferentes de presentar su capacidad residual de contratación con la lista de contratos en ejecución, individualmente o en consorcio o



unión temporal, y los estados financieros de los dos últimos años, así como el cálculo de la experiencia incluyendo los contratos con entidades públicas y privadas. Define igualmente los acuerdos marcos de precio, como de obligatorio cumplimiento para las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, para la provisión de bienes y servicios de características técnicas uniformes; establece manuales y guías de contratación.

Finalmente, determinó los requisitos del aviso, los estudios previos, los pliegos de condiciones, y el acto de apertura, los plazos para expedir adendas, la facultad de modificar el cronograma del proceso, aspectos que no habían sido regulados anteriormente.

En último lugar, y siendo el instrumento normativo más reciente, se encuentra el **Decreto 1082 de 2015**. Es una reproducción del decreto 1510 del 2013, en donde se pretendía unificar en este último a todos los decretos sobre contratación, pero quedaron por fuera los de austeridad en materia contractual (Gómez, 2015), por ejemplo el Decreto 2785 de 2011.

## **2.5. Jurisprudencia relevante en materia del sobreprecio en la contratación pública.**

Se revisarán a continuación los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2000 en adelante, en cuanto a los argumentos que aportan elementos para identificar sobreprecios, conceptos, características, acciones procedentes y sanciones.

De la siguiente exposición resultarán constataciones preliminares, como la ausencia de un concepto pacífico y asentado de “sobreprecio” y de los parámetros para identificar la materialización de los mismos; y se evidenciará que para instaurar acciones judiciales en su contra es necesario acudir a su incidencia en la

vulneración de derechos colectivos mediante el desconocimiento de deberes legales.

### **2.5.1.1. Jurisprudencia relacionada de la Corte Constitucional.**

En la Sentencia C-088 del año 2000 se analiza la constitucionalidad del derogado artículo 40 de la ley 472 de 1998, que trata sobre las acciones populares, el artículo en particular establecía en el inciso segundo que en caso de sobre costos en la contratación responden el representante legal, el contratista, y quienes concurren al hecho en forma solidaria. En ese momento se sustentó su constitucionalidad por su relación con la cláusula general de responsabilidad del Estado del artículo 90 de la constitución, y porque en relación con el artículo 1 constitucional se protegía la integridad del patrimonio público consagrando un instrumento para la recuperación de los recursos:

Que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares, amén de irregularidades en el proceso de contratación que son resultados de sus acciones y omisiones antijurídicas. (...) Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social.

Concluye la Corte, refiriéndose a los sobre costos, que el hecho quebranta la moralidad administrativa y genera perjuicios al patrimonio público por la ejecución de irregularidades o mayores costos, injustificados e ilegales.

### **2.5.1.2. Jurisprudencia relacionada del Consejo de Estado.**

Para el año 2000, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, establecía como producto de una condena en el marco de una acción popular por violación a la moralidad administrativa, la responsabilidad solidaria entre el particular y el funcionario público (representante legal y participantes) por incurrir en sobrecostos en los contratos estatales, figura que constitucionalmente, en tanto mecanismo de protección del patrimonio público se encontraba plenamente justificada, **norma que fue derogada por el artículo 1 de la Ley 1425 de 2010**, desapareciendo los incentivos que allí se establecían y rompiéndose la solidaridad, misma que se instauró nuevamente mediante el artículo 119 de la ley 1474 del 2011<sup>32</sup>, más la acción popular por violación a la moralidad administrativa -situación en la que encajan los sobrepuestos- permaneció vigente.

Es preciso tener en cuenta que la no realización del estudio de mercado, o la omisión en la comparación de las ofertas con los precios del mercado, de manera intencional, y como consecuencia la celebración de un contrato con sobrepuestos, se constituye en la violación de un procedimiento, esto es, de un deber legal, que vulnera el patrimonio público y quebranta la moralidad administrativa; transgresión que se constituye en condición necesaria para la procedencia de la acción popular en contra de los sobrepuestos, mediante la cual se protegen los mencionados derechos colectivos y se puede obtener la declaratoria de nulidad del contrato, como se verá más adelante.

**En el año 2002**, el Consejo de Estado reitera los postulados de la sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000, sobre moralidad administrativa y sobre la importancia del mecanismo establecido en el artículo 40 de la ley 472 de 1998 para

---

<sup>32</sup> La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposos, hayan sido encontrados responsables. Sentencia C-338 del 2014.

la protección del patrimonio público, y enfatiza en la improcedencia de la acción popular por violación a la moralidad administrativa cuando se debate el mismo asunto en proceso ordinario contractual<sup>33</sup>.

**En el año 2006**, el Consejo de Estado<sup>34</sup> indicó que:

Cuando en la celebración o ejecución de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se hace necesario realizar una revisión pormenorizada del contrato y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular (...) las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión (...) El desconocimiento de un precepto legal no constituye, per se, vulneración del derecho colectivo en análisis, en tanto que para poder concluir que dicho derecho ha sido desconocido es necesario que la vulneración del principio de legalidad vaya acompañada de algún fenómeno de corrupción.

**Posteriormente, en el mismo año 2006**, esta alta corte afirmó <sup>35</sup> que la acción popular puede ser utilizada para defender los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, más no tiene un carácter sancionador contra el contratista y el servidor público:

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002), Radicación número: 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537), Actor: LUCIA DEL ROSARIO VARGAS TRUJILLO, Demandado: MUNICIPIO DE YAGUARÁ (HUILA), Y OTROS, Referencia: ACCIÓN POPULAR

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERO PONENTE: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, BOGOTÁ D.C., TRECE (13) DE FEBRERO DE DOS MIL SEIS (2006). RADICACIÓN NÚMERO: 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP).

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2003-02405-01(AP). - 1. Naturaleza y características de la Acción Popular.

Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario (...) Se advierte (...) una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder. (...) es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

De acuerdo con esta sentencia, la moralidad administrativa se define como el manejo del patrimonio público de conformidad con la legislación vigente, su mala utilización afecta a la colectividad, por ello se posibilitaba la defensa del patrimonio a través de la acción popular cuando habían sobrecostos en los contratos obligando al representante legal de la entidad contratante y al contratista, solidariamente con los participantes en los hechos, a responder por la restitución del valor que se pagó en exceso, ello como medida contra la corrupción administrativa. La desatención en los procedimientos para el manejo de los recursos públicos implica que no se manejen de conformidad con la ley, pero para que se entienda vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa es preciso que la conducta transgresora pueda calificarse como antijurídica y esta debe entenderse como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

**Del año 2007**, del Consejo de Estado se destacan los siguientes pronunciamientos:

1. La eficacia de la acción popular es mayor frente a las acciones ordinarias, por estar sometida a un trámite preferencial (art. 6 ley 472 de 1998) y más breve, por lo cual asegura en mejor medida la protección de tales derechos, que por lo regular demandan acciones urgentes. Adicionalmente "(...) no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad

administrativa, por lo que debe probarse la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos”<sup>36</sup>

Esta sentencia indicaba en vigencia del artículo 40 de la ley 472, que en caso de sobrecostos se autoriza al juez de la acción popular a examinar la validez del contrato.

2. (...) cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. (...) De acuerdo con el art. 44 de la ley 80 de 1993 debe procederse a la nulidad, entre otras causales, de los contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (num. 2) o desviación de poder (num.3), causales en las que pueden incurrir los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad o el patrimonio público; (...) cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C.<sup>37</sup>

**En el año 2010**, el Consejo de Estado advirtió la necesidad de fijar una posición clara y consolidada sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa derivada de los sobrecostos en que se incurre en la ejecución de los contratos estatales, al indicar que:

(...) Es evidente para la Sala que la posición que ha sido asumida hasta el momento frente al tema de sobrecostos no es clara, y puede dar lugar a un

---

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007). - Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP).

<sup>37</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil siete (2007), Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00819-01(AP).

sinnúmero de interpretaciones ante los vacíos que se puedan presentar en las diferentes situaciones”, pues (...) “en la sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, CP. Delio Gómez Leyva, la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado. Luego, en la sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Corporación, con ocasión de una acción popular por presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, consideró que la expresión sobrecostos, en materia contractual, debía entenderse como aquellos “mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal.<sup>38</sup>

**En el 2012**, el Consejo de Estado señaló en el caso bajo estudio:

(...) Que el contratista tenía conocimiento sobre las distintas fuentes de abastecimiento del material del río, necesarios para ejecutar las obras, pues fue advertido, desde el momento mismo de la visita obligatoria programada por la entidad contratante, dentro de la licitación pública que dio origen al contrato del sub lite, de la ejecución simultánea de obras que se adelantaban en el municipio, con el propósito de que adoptaran medidas dirigidas a prevenir la escasez de material.<sup>39</sup>

Con base en lo anterior, no reconoció el restablecimiento del equilibrio económico alegado por el contratista por haber incurrido en mayores costos en la ejecución del contrato debido al incremento del precio del material de cantera. En

---

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Bogotá, D.C., Veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010), Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10709-01(AP)REV, Actor: HERNANDO JIMENEZ ROMERO, Demandado: DEPARTAMENTO DEL META.

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1999-00855-01(22826), Actor: HÉCTOR JAIME GIRALDO JARAMILLO, Demandado: MUNICIPIO DE PENSILVANIA.

esta sentencia se evidencia que el concepto de sobrecosto comúnmente utilizado para referirse a un fenómeno de corrupción, el Consejo de Estado lo utiliza para referirse a mayores costos en el contrato que pueden resultar justificados y reconocidos por la entidad cuando son resultado de una situación imprevisible.

De conformidad con lo establecido en la anterior sentencia, los sobrecostos pueden ser un concepto diferente de los sobrepuestos, ya que el primero puede obedecer a un incremento de los precios del mercado durante la ejecución del contrato, que puede o no afectar el equilibrio económico del mismo, ya que si era previsible y fue asumido dentro de la distribución de los riesgos por el contratista, no hay lugar a reconocimiento alguno por parte de la entidad, mientras que los sobrepuestos son precios por encima de los precios del mercado, pactados intencionalmente para obtener ganancias mayores en la ejecución de un contrato y que no obedecen a ninguna cantidad o actividad dentro del contrato.

Es preciso tener en cuenta que los sobrepuestos pueden originarse desde la inflación de los precios por parte de la administración al momento de la elaboración de los estudios previos, o desde la elaboración de la propuesta por parte del contratista, más desde el primero que es quien elabora el presupuesto del proceso de contratación, el contratista da lugar a los sobrepuestos, mediante las adiciones y la petición del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, frente a lo cual debe indagarse el ítem de imprevisto a cuánto puede ascender para evitar posteriores reclamaciones por sobrecostos derivados de situaciones imprevistas, y el mecanismo de ajuste de precios. La asunción de riesgos también es determinante para establecer sobrepuestos en un contrato porque se puede incurrir en ellos cuando se paga a un contratista un reajuste de precios por el aumento de materiales, cuya ocurrencia había asumido el contratista como se desprende de la sentencia.

De las sentencias del Consejo de Estado en general, se colige la relación de los sobrecostos con la vulneración de derechos colectivos como la moralidad administrativa y el patrimonio público, los cuales se defienden mediante la acción popular, acción en la que el juez puede declarar la nulidad del contrato. El contrato



con sobrecostos por desconocimiento de los deberes legales (no revisar los precios y las condiciones del mercado) lesiona el derecho colectivo de la moralidad y el patrimonio público, incurriendo en la celebración contra expresa prohibición constitucional o legal y desviación de poder lo que genera la nulidad del mismo según el artículo 44 de la ley 80 de 1993, **y fundamentalmente, la ausencia de claridad frente al concepto de sobrecostos, utilizado en casos que debería hacerse referencia al concepto de sobreprecio.**

### **2.5.1.3. Jurisprudencia relacionada de la Corte Suprema de Justicia.**

En una única sentencia la Corte Suprema utiliza el término “sobreprecio”. En ella, <sup>40</sup> la Corte determinó que a los precios que se deben consultar en el mercado es preciso incluirle el valor de los impuestos a que haya lugar, así como los costos propios del transporte y pólizas, sin embargo cuestiona también el origen de las cotizaciones cuando no hay criterios para seleccionarlas como forma de consulta del mercado, así el bien jurídico tutelado “administración pública” se violenta cuando se desconocen los procedimientos establecidos para seleccionar al contratista, celebrar el contrato y su liquidación por desconocimiento de los principios de planeación y transparencia, como requisitos esenciales de la contratación estatal de conformidad con los artículos 25 numerales 7 y 12 y 24 numerales 5 y 6 de la Ley 80 de 1993, conclusión a la que se llega pidiendo cotizaciones de los mismos productos a otros proveedores.

Los sobreprecios consentidos por el servidor público en desarrollo de la actividad contractual, según la Corte, configuran el delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros, en concurso homogéneo con la celebración

---

<sup>40</sup> Proceso No 24158, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, Aprobado Acta N° 215, Bogotá D.C., noviembre primero (1º) de dos mil siete (2007)

de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, de los cuales el de mayor pena es el primero, generando además inhabilidad para el desempeño de funciones públicas y el pago actualizado de los dineros apropiados. Para la determinación de sobrepuestos en un contrato resulta imperativo la determinación precisa de los costos directos, indirectos y del margen de utilidad del mercado:

Los “sobrecostos (...) se generan en la inobservancia por parte del gobernador de su obligación funcional de contratar atendiendo los precios del mercado y fueron determinados comparando el precio efectivamente cancelado por la gobernación con el valor comercial de los elementos adquiridos por ella, luego de sumarle el valor de los impuestos departamentales y municipales y el correspondiente a su transporte aéreo; el sobrepuesto detectado se vincula además a la irregular escogencia de los proveedores, pues los elegidos actuaron como intermediarios de quienes fueron los reales ejecutores (...) la metodología utilizada en esa entidad para determinar los sobrecostos consistió en requerir cotizaciones de los mismos productos, a las que se sumaron los valores adicionales usualmente asumidos por el contratista, obteniéndose como resultado ostensibles diferencias con los precios pagados por la Gobernación de Vaupés (...) Igualmente hay certeza en torno a la antijuridicidad de la conducta cuestionada, en tanto que la inclusión de sobrecostos no consentidos por la Constitución ni la ley en los contratos celebrados por el Gobernador LEÓN BENTLEY, vulnera de manera cierta y efectiva, sin causa jurídicamente válida, el bien jurídico de la administración pública cuya protección busca el legislador al sancionar el delito de peculado por apropiación. (...) es evidente que en su calidad de servidor público le correspondía, conforme a las reglas del manejo de bienes ajenos y en atención a que no sólo comprometía el patrimonio público sino también su responsabilidad personal, velar porque se respetaran los precios del mercado, obligación incumplida en forma rampante en el contrato 289 según surge de su relato en torno a las circunstancias de su celebración, las cuales evidencian que aquellos nunca fueron consultados por causa de la premura en comprometer los recursos,

aceptándose sin reparo los que fijó el comerciante beneficiado con el contrato.

Una vez revisado todo lo anterior, se encuentra que si bien hay disposiciones que están relacionadas con la lucha contra los sobrepuestos, la normatividad y la jurisprudencia colombiana no definen de forma estricta e inequívoca el concepto de “sobrepuesto”: no hay un criterio unificado, una delimitación ni en proporción o porcentaje, que indiquen a ciencia cierta cuando hay un sobrepuesto, a pesar de que el fenómeno existe, se materializa y es perjudicial.

En el capítulo tres se revisará cuál puede ser la sanción jurídica aplicable a los contratos afectados por esta práctica de corrupción. Se examinará si se trata de una nulidad o qué otro tipo de consecuencia jurídica se colige una vez que se ha determinado su configuración.

### **3. Capítulo III. Medios de control, efectos y responsabilidad por sobreprecios en la contratación estatal**

En el capítulo anterior se hicieron menciones acerca de las acciones mediante las cuales se sancionaban hechos que pueden tener relación con los sobreprecios, ello en razón a que la jurisprudencia se desarrollaba a raíz de estas. Ahora bien, en este capítulo se precisarán los medios de control para evitar esta práctica, sus consecuencias y la responsabilidad que tienen las personas que incurrir en ello.

#### **3.1. Medios de control sobre el contrato viciado con sobreprecios.**

##### **3.1.1. Nulidad.**

El artículo 13 de la ley 80 establece que a los contratos estatales les serán aplicables las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en lo expresamente regulado por esta ley; por otro lado los artículos 44 y 46 de la referida ley establecen las causales de nulidad del contrato. Los contratos estatales tienen los mismos elementos de los contratos civiles, sin los cuales no existirían, esto es: sujetos, consentimiento, objeto, causa, finalidad y forma, lo que define el tipo de nulidad, absoluta o relativa.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia No. 4322 del 16 de febrero de 1998, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta

El contrato con sobrepuestos puede adolecer de nulidad absoluta por objeto ilícito al transgredir el numeral 2 del artículo 5 de ley 1150 de 2007, que obliga a efectuar “las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”. Así mismo por transgresión al artículo 28 de la Ley 80, por violación del principio de conmutatividad.<sup>42</sup> Podría invocarse la nulidad absoluta por objeto ilícito también por la infracción del artículo 3 de la ley 80, sobre las finalidades de los contratos estatales, ya que el contrato más que una fuente de utilidades es un medio para lograr dichos fines, con mayor razón cuando al contratista le asiste una función social al comprometerse con el Estado.

En nombre del interés general se reprocha que la imposición de conveniencias particulares determine la escogencia de un contratista, por lo que toda ruptura a este precepto da lugar a vicios de legalidad en el contrato.<sup>43</sup> Al vulnerarse el interés general se da el abuso de poder, causal de nulidad que consiste en la toma de decisiones desconociendo las finalidades del ordenamiento jurídico (Rivero, 1984, p. 227), causal establecida en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, como nulidad absoluta, y por ende insubsanable. En conjunto con la causal anterior se puede invocar la de celebración contra expresa prohibición constitucional o legal, por la omisión del deber de consultar los precios del mercado.

En virtud del artículo 45 de la ley 80, la entidad puede declarar la terminación unilateral del contrato a través de acto administrativo debidamente motivado y liquidando unilateralmente en el estado en que se encuentre el contrato, invocando las causales de nulidad absoluta de los numerales 1,2 y 4 del artículo 44 de la mencionada norma.

Ahora bien, terminado y liquidado unilateralmente el contrato por parte de la entidad, se producen los efectos del artículo 48<sup>44</sup> de la Ley 80, esto es, tratándose

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No. 39.982 del 6 de septiembre de 2011., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón

<sup>44</sup> El inciso 2 del numeral 1 del artículo 14 de la ley 80 de 1993, consigna una disposición similar.

de contratos de tracto sucesivo se debe reconocer y pagar las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad absoluta; en un contrato nulo por objeto y causa ilícita hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas cuando se pruebe que la entidad se ha beneficiado, pero solo hasta el monto del beneficio, bajo la condición de que ese beneficio hubiera satisfecho el interés público.

A propósito de las restituciones como efecto en el contrato declarado nulo por sobreprecios, en la sentencia C-207 del 2019, la Corte Constitucional analiza las causales de nulidad del artículo 44 de la ley 80 de 1993, y la prescripción del artículo 45 que indica que en el caso del numeral 2 del artículo 44 cuando el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal, se dé por terminado y se liquide en el estado en que se encuentre. Se analizan allí los efectos de la declaratoria de nulidad, la sentencia se centra en hablar de las restituciones que deben reconocerse al contratista. Indica la corte que el interés público sustenta la contratación administrativa por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron<sup>45</sup>.

Adicionalmente, se advierte que el principio de la buena fe obliga a las partes a actuar con lealtad y honestidad en todas las etapas de su relación contractual, postulado fundamental para entender la regla que establece la corte, pues bajo la buena fe se protege la confianza legítima de los terceros que actuaron amparados en ella. Según el artículo 1525 del código civil no se reconocen restituciones en un contrato nulo a quien actuó a sabiendas del objeto o causa ilícita, no ocurre así en el ámbito del derecho público, pues el artículo 48 de la ley 80, difiere de esta disposición. Señala la Corte que “el conocimiento de las partes sobre la ilicitud del contrato anulado es un criterio a tener en cuenta para la evaluación de los posibles reconocimientos de restituciones a que haya lugar”. La sentencia hace pues un análisis de la ponencia del proyecto de ley en el congreso sobre el artículo 20 de la ley 1882 del 2018, en el que se dispone que en caso de declaratoria o terminación

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-932 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

del contrato por estar incurso en nulidad, se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. De estos reconocimientos se excluyen los correspondientes a penalidades, la norma establecía “salvo aquellos asociados a los contratos de crédito” -apartado que se declaró inexecutable- ya que desde la misma ponencia se advirtió que se estaría premiando una conducta inaceptable que tiene cuestionada a la contratación pública, pues el Estado sería el que terminaría pagando las multas a los bancos por los hechos de corrupción del contratista.

Esta disposición del artículo 20 de la ley 1882 del 2018 es similar a la del artículo 48 de la ley 80 de 1993, que en su segundo inciso establece el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto y causa ilícita en tanto satisfagan el interés público y en la medida que lo hayan hecho.

Las restituciones en el caso de declaratoria de nulidad de la asociación público-privada, se justifica ya que dichos proyectos se financian con recursos entre otros, de los fondos de pensiones, quienes se constituyen en terceros de buena fe, beneficiarios. Las restituciones en primer lugar son para el pago de ese tipo de pasivos y con el remanente se podrá reconocer restituciones al contratista o socio que no haya actuado dolosamente en la comisión de un delito o de una infracción administrativa dando lugar a la nulidad.

**La regla que se extrae de la sentencia consiste en que en el contrato que no sea de asociación público privada y que haya sido terminado unilateralmente por la entidad pública, por haber sido declarado nulo, (por razones en las que encajan los sobrepagos), se debe restituir la inversión del contratista siempre y cuando con lo ejecutado del contrato se haya satisfecho el interés público;** no ocurre lo mismo en el marco de las asociaciones público privadas, pues para proceder a realizar las restituciones, no puede haber prueba del conocimiento del objeto o causa ilícita por parte del tercero, ni prueba del dolo del contratista.

En relación con el reconocimiento de intereses en el contrato declarado nulo por sobreprecios, cabe la pregunta: ¿se deben pagar intereses y corrección monetaria sobre el capital invertido por el contratista en obras del contrato declarado nulo?

A propósito de esta cuestión, en la misma sentencia C-207 del 2019, se dispone que es procedente el pago de intereses corrientes<sup>46</sup> adeudados al sector financiero en el momento en que se liquide o declare la nulidad del contrato ya que hacen parte de los costos financieros que pueden ser objeto de indexación monetaria del capital adeudado. Debe precisarse que dicha regla aplica en el caso de Asociaciones Publico Privadas, en las que las restituciones en primer lugar son para terceros acreedores de buena fe, en los demás contratos se deduce que no es aplicable este postulado ya que el reconocimiento de intereses como un beneficio por el capital invertido implicaría el reconocimiento de las rentas producidas por un contrato pese a haber sido declarado nulo, dándole continuidad de renta a un acto ilícito.

A continuación, la regla más importante en lo relacionado con los sobreprecios y que en materia de restituciones se establece, consiste en que los reconocimientos deben corresponder a precios del mercado, ello de conformidad con el numeral 3 del párrafo primero del artículo 20 de la ley 1882 del 2018.

Igualmente, es importante considerar la figura del desvío o abuso de poder. En efecto, el numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 indica que las autoridades “no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley”. La norma previene a las entidades estatales para que no eludan los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en la ley de contratación, al establecer una prohibición legal, cuyo incumplimiento genera la nulidad absoluta del proceso de selección (Matallana, 2016, p. 352).

---

<sup>46</sup> Se advierte que no pueden pagarse multas, sanciones, clausulas penales ni intereses moratorios.



Es importante abordar el concepto de desvío de poder por cuanto puede generar responsabilidad de carácter disciplinario, penal y fiscal. Consiste en que al indagar sobre las verdaderas intenciones de los servidores públicos se puede encontrar que sus actuaciones no están precedidas de garantizar el interés de la colectividad, sino que el individuo obra con el ánimo de favorecer sus propios intereses o los de un tercero ajeno al interés público. El propósito de identificar el desvío de poder es ejercer un control que conlleva al estudio para “identificar el propósito manifiesto u oculto que sirvió de causa al acto, pasando por el examen de su contenido, y finalmente revisar la decisión tomada, que permite dilucidar el fin que se propuso quien lo expidió” (Lamprea, 1996, p. 4). Si el elemento psicológico del funcionario no se ajusta a derecho, sino que busca un fin extraño, nos hallamos en presencia del desvío de poder (Matallana, 2016, p. 345), es decir que el contrato no cumple las finalidades estatales sino los propósitos particulares del servidor público.

De acuerdo con lo expuesto por Santofimio, la aproximación a los delitos de interés ilícito o indebido en la celebración de contratos implica necesariamente acercarse al contexto de la teoría del abuso o desviación de poder como causal de nulidad (Santofimio, 2000, p. 4). La teoría del desvío de poder provoca, en los que intervienen en su estructuración, situaciones de carácter penal, que pueden llevar a la imposición de una condena, concluye el autor, que cuando el legislador estructuró el delito de interés indebido en la celebración de contratos, lo que hizo fue elevar a la categoría de delito el desvío de poder dentro de la contratación estatal (Matallana, 2016, p. 350).

Así, el artículo 409 del código penal, denominó el desvío o abuso de poder de los servidores públicos en materia de contratación estatal como el tipo penal de interés indebido en la celebración de contrato, el cual tiene una pena de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses; sin embargo, la Corte

Constitucional en sentencia C-652 del 5 de mayo de 2003 señaló que si con la comisión del delito hay menoscabo al patrimonio público ya no se aplican las inhabilidades temporales del delito, sino la inhabilidad intemporal del artículo 122 de la Constitución (el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas).

En sentencia del 29 de agosto de 2007<sup>47</sup>, el Consejo de Estado explicó que no es posible utilizar la prohibición de desviación de poder del numeral 8 del artículo 24 de la ley 80, como fundamento de la causal de nulidad absoluta de los contratos que se hayan suscrito contra expresa prohibición constitucional o legal consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80, sino aquella que recoge el numeral 3 de esa misma disposición, es decir que las entidades estatales no pueden dar por terminado un contrato viciado de nulidad por desviación de poder ya que esa causal no está incluida dentro de la facultad del artículo 45 de la ley 80. En otras palabras, actuar con fines por fuera de la ley, eludir los procesos de selección o los requisitos de la ley de contratación, dan lugar a una nulidad que solo se declara mediante vía judicial. El Consejo de Estado concluye que las prohibiciones del referido numeral 8 por su contenido genérico y abstracto no están prohibiendo de manera expresa y concreta, la celebración de un determinado contrato como se requiere para que su desconocimiento configure la causal de nulidad absoluta establecida en el aludido numeral 2 del artículo 44 de la ley 80. En el caso de la terminación por las causales de nulidad de los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo 44, la entidad estatal debe llevar a cabo previamente a la expedición del acto administrativo, audiencia con el contratista<sup>48</sup> (Matallana, 2016, p. 1146).

No obstante lo anterior, en la misma sentencia el Consejo de Estado hace una digresión, al indicar que para que un acto o negocio jurídico tenga objeto ilícito no es indispensable que exista una prohibición especial y concreta de realizarlo o

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp. 15.324.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

celebrarlo, así se desprende de los artículos 1519 y 1523 del código civil, afirmación que amplía el espectro de posibilidades que pueden encajar en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80, por cuanto bajo esa óptica las prohibiciones no tendrían que ser taxativas. Si la entidad evadió un requisito o el proceso de selección sin la intención de hacerlo la causal de nulidad puede ser la prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80, ya que el desvío o abuso de poder exige obrar de manera intencionada (Matallana, 2016, p. 1156).

Por último, las entidades estatales, para dar por terminado un contrato viciado de nulidad podrían hacer uso de la causal de terminación unilateral establecida en el numeral 1 del artículo 17 de la ley 80, esto es, “cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”. Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80. El Consejo de Estado, ha reconocido que:

La entidad contratante cuenta con un amplio margen de apreciación para establecer, en cada caso concreto, qué tipo de circunstancias tendrían la relevancia y las características necesarias para sustentar la terminación unilateral del contrato en ejercicio de dicha causal dada la flexibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados de los cuales se valió el legislador para configurar la facultad que puso en manos de la autoridad pública contratante a través del numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, esto es, las nociones de “exigencias del servicio público” y de “situación de orden público” allí consignadas<sup>49</sup>.

### **3.1.2. Acción de lesividad.**

Esta acción no se encuentra en la legislación colombiana: la doctrina ha llamado así al ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y

---

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949)

restablecimiento del derecho por parte de una entidad pública cuando esta demanda su propio acto, por no ser posible ejercer la revocatoria directa.

Respecto de la caducidad de la acción es necesario aclarar que puede contener una doble connotación: la primera según la cual cuando la finalidad de esta acción es que las entidades estatales requieran la nulidad de sus actuaciones con el objeto de preservar el ordenamiento jurídico y la legalidad, se rige por las reglas de la acción de nulidad, siendo intemporal, general e indesistible, pudiéndose intentar en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto; pero si lo que pretende la entidad estatal es la nulidad de sus propias actuaciones para el restablecimiento del derecho, se está en presencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de 4 meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo (Matallana, 2016, p. 1205).

### **3.1.3. Acción popular de moralidad administrativa.**

Consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, es una herramienta importante para los veedores ciudadanos interesados en erradicar la corrupción en la administración pública especialmente en el caso de la ejecución de recursos públicos a través de la contratación administrativa (Matallana, 2016, p. 100).

En desarrollo del artículo 88 se expidió la ley 472 de 1998 para el ejercicio de las acciones populares, procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares que hubieren violado o amenazado violar los derechos o intereses colectivos.

Como se ha resaltado en este trabajo, los contratos estatales tienen por finalidad satisfacer el interés público, y las necesidades colectivas, los particulares al contratar con el Estado se convierten en colaboradores para alcanzar dicho propósito, en ese sentido, a través de la acción popular se protegen los derechos colectivos y por ende el interés público. Mediante dicha acción se 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<sup>50</sup>.

El artículo 4 de la Ley 472 de 1998, establece que son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: b) La moralidad administrativa; (...) y, e) La defensa del patrimonio público. Como ya se había mencionado la moralidad administrativa 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”<sup>51</sup>, por su parte el patrimonio público se ha definido como la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario<sup>52</sup>, de ahí que cuando un funcionario da lugar a la contratación con sobrepagos, está actuando por fuera de la ley, esto es de manera deshonesto y afectando el patrimonio público por lo cual es perfectamente procedente la acción popular frente a los contratos así celebrados.

Mediante la sentencia C-088 del 2000 se había determinado que la acción adecuada para el análisis de este tipo de situaciones era la contractual y no la acción popular. Posteriormente el Consejo de Estado determinó que en virtud de la protección de la moralidad administrativa y del patrimonio público como derechos colectivos, la acción popular como medio principal y no subsidiario puede ser el medio para estudiar y definir si el contrato estatal es legal y declarar su suspensión o nulidad, mediante las causales de nulidad que se invocan en la acción contractual, y con la ventaja de ser adelantada por cualquier ciudadano, y no solo por las partes como ocurre en la acción contractual del artículo 141 del CPACA y tener un trámite abreviado y preferente.

En ese orden de ideas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo) no hace improcedente la acción popular de moralidad administrativa, sin embargo, si cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular en

---

<sup>50</sup> Artículo 2 de la Ley 472 de 1998

<sup>51</sup> 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

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección 4ª, Sentencia AP1059 del 02/10/31, M.P. Hoyos Ricardo

lugar de declarar su nulidad, decreta la suspensión provisional de la ejecución del contrato hasta tanto se defina la legalidad en el proceso (Matallana, 2016, p. 103-104).

Dentro del trámite completo de la acción de moralidad administrativa se tiene previsto, en primer lugar, lo que ha denominado la ley un pacto de cumplimiento que le permite al juez por su iniciativa determinar la forma como se podrá proteger el derecho o interés colectivo y el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraba anteriormente (artículo 27, ley 472 de 1998).

### **3.1.4. Medio de control de repetición.**

Puede contemplarse esta acción cuando los sobrepagos dan lugar a una obra, bien o servicio incompleto o de una calidad deficiente, que genere daños y por lo cual la entidad estatal deba reparar patrimonialmente.

Surge del artículo 90 de la Constitución Política, y se encuentra regulada en la ley 678 del 2001, está dirigida no solo a servidores sino a los particulares que cumplen función pública es decir contratistas, asesores, consultores e interventores, de conformidad con el artículo 2 de esta ley y el 56 de la ley 80 de 1993. Tiene como presupuesto que el servidor público haya actuado en forma dolosa o gravemente culposa.

Se advierte que se tiene 6 meses<sup>53</sup> a partir del pago realizado por la entidad para vincular al servidor público o al particular a la acción de repetición o llamamiento en garantía, vencido el cual se genera la destitución del cargo de quien no hubiese cumplido con esta obligación legal (Matallana, 2016, p. 89)<sup>54</sup>. En el

---

<sup>53</sup> Se debe tener en cuenta que este término es para que el comité de conciliación se pronuncie si inicia o no la acción de repetición, la cual tiene un periodo de 2 años para iniciarse. - ARTÍCULO 11. Caducidad. La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

<sup>54</sup> ERNESTO MATALLANA CAMACHO. Manual de Contratación de la Administración Pública, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2016.

proceso de responsabilidad contra la entidad pública también pueden ser llamados en garantía según lo establece el mencionado artículo.

Obrar con desviación de poder, haber expedido el acto administrativo con falsa motivación, y haber sido sancionado disciplinariamente o condenado penalmente a título de dolo por los mismos hechos que permitieron que se condenara al Estado, dan lugar a la acción de repetición (artículo 5). Cuando hay prueba sumaria de la actuación dolosa o gravemente culposa del agente, en el mismo proceso de responsabilidad en contra del Estado por controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública y el ministerio público podrán solicitar que se decida la responsabilidad del agente (artículo 19).

### **3.1.5. Medio de control de controversias contractuales.**

Establecida en el artículo 141 del CPACA, consiste en que cualquiera de las partes del contrato estatal puede pedir que se declare la existencia del contrato, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento y se condene al contratante responsable por el valor de los perjuicios y se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar, acción que procede una vez se ha suscrito el contrato. El medio de control caduca dentro de los dos años siguientes a la configuración de la situación que dio lugar a este.

## **3.2. Responsabilidad de los actores de un contrato estatal afectado por sobreprecios.**

La responsabilidad se deriva del artículo 6 constitucional según el cual los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. La ley 80 de 1993 tiene un capítulo específico sobre la responsabilidad contractual que va del artículo 50 al 59, en cuyo

artículo 50 establece que el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley, en el artículo 56 se indica que los particulares (contratistas, asesores, consultores e interventores) están sujetos a la misma responsabilidad penal de los servidores públicos, los artículos 52 y 53 establecen además la responsabilidad civil de estos. En términos de responsabilidad fiscal el ordenador del gasto y el contratista responde de manera solidaria (artículo 119 ley 1474 del 2011).

El artículo 26 de la ley 80 de 1993, establece el principio de responsabilidad del que ya se ha hablado en el presente trabajo.

### **3.2.1. Responsabilidad penal del servidor público.**

Penalmente, los tipos aplicables en el caso bajo estudio son: el interés indebido en la celebración de contratos<sup>55</sup>, la celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales<sup>56</sup>, y el peculado por apropiación a favor de terceros<sup>57</sup>, por cuanto en el contrato con sobrepuestos se cometen omisiones como no consultar los precios del mercado, lo que resulta beneficiando al contratista al que se le adjudica el contrato.

Así, el Interés indebido en la celebración de contratos exige un análisis de los elementos jurídico-penales más relevantes que le constituyen (López, 2018, p. 199). Entre ellos se discrimina pues:

- Tipicidad: la conducta sancionada penalmente, como será precisado no se relaciona con una simple exteriorización anímica de carácter subjetiva, sino del interés indebido materializado con manifestaciones externas por parte del servidor público, las cuales se traducen en el abandono de los deberes de la

---

<sup>55</sup> Artículo 409 de la Ley 599 del 2000

<sup>56</sup> Artículo 410 de la Ley 599 del 2000

<sup>57</sup> artículo 397 de la Ley 599 del 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011.



moralidad, imparcialidad, igualdad, transparencia y objetividad en la gestión contractual, lesionando al bien jurídico tutelado y evidenciando el reproche sancionatorio. El interés es objeto del dolo.

- Tipo objetivo: a la administración pública, como bien jurídico tutelado con este tipo penal, le es inherente el interés general sobre el particular, como uno de los principios orientadores de nuestro modelo de Estado, concepto vulnerado por el interés particular del servidor público que muestre aquel desvío “en provecho propio o de un tercero”, en afectación del orden jurídico.
- Antijuridicidad material: se da mediante la lesión del instituto personal, “desequilibrando la expectativa de terceros, legítimamente interesados en contratar con la Administración”, de otro modo, con “la vulneración de la confianza que causa en la ciudadanía el abandono de la imparcialidad y transparencia que deben caracterizar la actuación contractual”.

Saúl Uribe García (2012), ha precisado cuales son las características del interés sancionado penalmente, de la siguiente manera:

El interés indebido al cual se refiere el tipo penal, en primer lugar, es un interés particular con lo cual el servidor público se aparta del interés general. En segundo lugar el servidor público actúa con desviación de poder, como negación del interés general. En tercer lugar, los motivos generantes de desviación de poder son: a) El interés personal, traducido en ideologías políticas, religiosas, amistad, enemistad, favorecimiento. b). También es motivo generante de desviación de poder, el desconocimiento de la finalidad administrativa, con falsa apariencia de legalidad. En cuarto lugar, la desviación de poder acarrea consecuencias desde el punto de vista de la nulidad contractual (art. 44, numeral 3 de la ley 80 de 1993), sanción disciplinaria (artículos 23, 48, 50 y 54 de la ley 734 de 2002) y responsabilidad penal (art. 409 Código Penal).

Error de tipo: entendido como el desconocimiento de cualquiera de los elementos fácticos o normativos que integran al delito, tendrá viabilidad cuando

se actúe con error vencible o invencible, sobre los conceptos de tramitación, aprobación, celebración, ejecución y liquidación contractual, o realización de la operación administrativa.

Frente al particular tendremos una ausencia de responsabilidad debido a que el agente nunca quiso realizar el delito, o bien, nunca supo que lo realizó.

Desde otra perspectiva, podría aceptarse ausencia de responsabilidad por: 1. Un estado de necesidad, cuando mediando fines económicos se busque la protección de un derecho propio o ajeno en peligro grave e inminente; 2. Obrando bajo insuperable coacción ajena; y 3. Por error de tipo.

En cuanto al delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la Corte Suprema de Justicia expone<sup>58</sup> que éste se integra de varias hipótesis en las que incurre el funcionario que adelanta un proceso de selección, transgrediendo objetivamente el bien jurídico “administración pública”: la hipótesis número uno, surge cuando se tramita un contrato ignorando los requisitos que son esenciales legalmente para su concreción, desconociendo solemnidades ineludibles, la Corte señala que se trata de la etapa que “comprende los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual”; la hipótesis número dos, surge cuando se liquida el contrato sin corregir las falencias. La celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales es un tipo penal en blanco, ya que el injusto se determina por la transgresión de requisitos legales esenciales para celebrar un contrato, requisitos que se encuentran fuera del código penal, verbi gracia, la ley 80 y las demás que la complementan (Castro, 2009, p. 362).

La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que se incurre en el peculado por apropiación mediante el incremento indebido del presupuesto de un contrato, cuando el sobreprecio beneficia a un tercero, mediante el reconocimiento de una suma mayor a la que legal y ordinariamente tenía derecho, se materializa la apropiación en favor de terceros, probando que las partes contratantes actuaron de

---

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de mayo de 2003, Rad: 14.699, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

manera voluntaria y a sabiendas de que con su proceder se estaba favoreciendo a alguien, esto es, el dolo, y no sólo por negligencia, o culpa por desconocimiento.

Sin embargo, la Corte advierte que para determinar si hay lugar a un detrimento patrimonial se deben evaluar los costos directos, indirectos, las deducciones por retención en la fuente, las ganancias razonables, aquellos factores que no pongan en situación de pérdida al contratista, y sumados a todos los ítems del contrato, definir si hay justificación para el precio adicional.<sup>59</sup>

Finalmente los artículos 14 y 33 de la Ley 1474, indican que el servidor público que en ejercicio realice o participe en una conducta punible, el término de prescripción de la pena se aumentará en la mitad, así también el particular que ejerza funciones públicas y que las conductas punibles relacionadas con los delitos contra la administración pública y la celebración indebida de contratos cuando sean ejercidas por funcionarios de los organismos de control la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Las personas jurídicas también resultan responsables por cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público que haya sido realizada por su representante legal o sus administradores, si resultó beneficiaria de la comisión del delito. Los afectados podrán pedir que se vincule como tercero civilmente responsable. En caso de sentencia condenatoria contra el representante legal o administrador, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la superintendencia de sociedades podrá imponerle multas hasta los doscientos mil smmlv, se publicará en su página web un extracto de la decisión sancionatoria por el término de un año y no podrá recibir incentivos o subsidios del gobierno por un término de 5 años (artículo 34 ley 1474 del 2011). Así mismo se podrá suspender o cancelar definitivamente su personería jurídica y el cierre de sus establecimientos (artículo 91 de la ley 906 del 2004).

Es relevante en este punto indicar que el principio de confianza que cobija la actuación del servidor público determina la forma en que se entiende su

---

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 2 de julio de 2002. Rad. 13663. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

responsabilidad (Zamora, 2018. p. 151). El servidor público que goce de la posición de garante puede exonerarse de responsabilidad penal, mediante el principio de confianza, pues este excluye la imputación, dando lugar a la atipicidad de la conducta.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia indicó<sup>60</sup> los eventos en los que no opera el principio de confianza, y por tanto subsiste la responsabilidad penal. Así se pronunció la Alta Corporación:

Este postulado, ab initio admisible, no es absoluto, pues para eventos como el ahora examinado, varios motivos excluyen su aplicación. Por ejemplo los siguientes:

Uno. Porque la ley puede exigir a quien confía en otro que lo haga bajo su responsabilidad, cumpliendo con un cuidado especial, evento en el cual no se puede escurar en el axioma mencionado.

Dos. En la división vertical del trabajo, porque siempre hay una o más personas que se encargan de vigilar que los “subordinados” hayan comprendido a cabalidad las instrucciones dadas; en ese sentido, el ámbito de competencia de estas personas que se encargan de vigilar las labores de terceras personas son garantes a efectos de que estas se desempeñen correctamente.

Tres. Si uno de los requisitos para esquivar la responsabilidad con fundamento en el principio de confianza es el de que quien lo aduzca se haya comportado correctamente, cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, no es posible acudir a ese postulado.

Por eso, con razón Günter Stratenwerth escribe:

Además, el principio de confianza no puede regir en la medida en que el deber de cuidado está dirigido, precisamente, a la vigilancia control o cuidado del comportamiento de otras personas.

---

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad N° 25.536. (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 27 de julio de 2006).

El que obra descuidadamente no podrá invocar el principio de la confianza. Y esto es así porque la elevación del peligro de la producción del resultado, fundamenta la responsabilidad cuando el peligro, cualquiera (sic) sean las razones, se convierte en resultado. El principio de la confianza caracteriza el límite del deber de cuidado, pero no significa una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los otros.

Cuatro. Por último, recuérdese que tampoco puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta (Corte Constitucional, 2002).

### **3.2.1.1. Error de tipo como eximente de responsabilidad penal en los delitos de celebración indebida de contratos.**

La ausencia del elemento cognitivo del dolo excluye la imputación al tipo subjetivo, figura que se conoce como error de tipo y está consagrada como causal eximente de responsabilidad en el numeral 10 del artículo 32 del código penal, a menos que (i) el error sea catalogado vencible y (ii) el legislador haya contemplado la modalidad imprudente de la conducta. Entonces, podemos definir el error de tipo como el desconocimiento de cualquier elemento que integre el tipo penal (bien sea de carácter fáctico o normativo), dejando como resultado una ausencia de responsabilidad debido a que el sujeto nunca quiso realizar el delito, o bien, nunca supo que lo realizó. Tal es el caso de quien confunde la cosa propia con la ajena, evento en el cual al sujeto no le sería imputable el delito de hurto. (Zamora, 2018. p. 192).

Sin embargo, para que el error sobre el tipo no genere responsabilidad, es necesario que para el sujeto no haya sido posible evitar o vencer al delito, mediando

diligencia y cuidado en su actuar, es decir que se trate de un error invencible. (...) Por otro lado, la parte final del numeral 10 establece que si el error sobre el tipo es vencible, o haya podido ser evitado mediando el cuidado y la diligencia debidos, existiría responsabilidad penal siempre y cuando la ley haya previsto a dicha conducta como culposa, cuestión no aplicable en los delitos de la celebración indebida de contratos, pues ninguno contempla la mencionada modalidad.

### **3.2.1.2. Error de prohibición como eximente de responsabilidad en los delitos de celebración indebida de contratos.**

Se encuentra consagrada en el artículo 32 del código penal, numeral 11, cuestión también estudiada jurisprudencialmente<sup>61</sup> de la siguiente manera:

Por su parte, la falta de acceso al sentido prohibitivo de la norma origina el denominado error de prohibición, que tan solo excluirá de responsabilidad si se trata de un error invencible, tal como lo prevé el numeral 11 ibidem de la siguiente manera:

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible, la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad, basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

La calidad de vencible o invencible en el error de prohibición está directamente asociada a la posibilidad de conocer el carácter ilícito del comportamiento (Mir Puig, 2007). De esta manera:

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad33.022. (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; 20 de octubre de 2010).

(i) Si el juez concluye, dadas las condiciones y características del autor o partícipe del injusto, que jamás tuvo la posibilidad de conocer la prohibición normativa, el error será invencible.

(ii) Si está demostrada la existencia de un error (es decir, de una concreta falta de conocimiento por parte del agente), pero desde una perspectiva normativa esta situación carece de la solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma (en otras palabras, la persona no sabía, pero debía saber), el error será vencible, caso en el cual la pena será reducida en la mitad.

Y,

(iii) Si el error alegado es burdo o craso, en el entendido de que de ninguna manera podría ser excusable, no habría lugar a rebaja de la pena, así el error tuviese sustento probatorio.

(...) La única extrañísima posibilidad de error de prohibición que podríamos contemplar, se daría cuando el servidor público como sujeto activo del delito lograse probar la existencia de una falta de conocimiento sin embargo, su calidad especial lo hará carecer de la solidez suficiente para destruir la posibilidad de acceder al sentido prohibitivo de la norma, por lo cual el error será vencible, concluyendo en una pena disminuida a la mitad; cuestión no imperativa y que deberá ser analizada fácticamente. (Zamora, 2018, p. 194-195).

### **3.2.1.3. Causales de justificación.**

Podría aceptarse ausencia de responsabilidad por: 1. Un estado de necesidad, cuando mediando fines económicos se busque la protección de un derecho propio o ajeno en peligro grave e inminente; 2. Obrando bajo insuperable coacción ajena; y 3. Por error de tipo.

Así por tratarse de delitos de infracción del deber de servidor público, existirá un estricto control por parte del ente juzgador en cuanto al reconocimiento de una causal de justificación. (Zamora, 2018, p. 197).

### **3.2.2. Responsabilidad disciplinaria del servidor público.**

Desde la perspectiva de los sobrepagos y acorde al artículo 25 de la ley 734 de 2002, el régimen disciplinario aplica tanto a servidores públicos como a los particulares a los que se refiere la misma norma en el artículo 53. El artículo 44 de la ley 1474 de 2011 amplía ese espectro introduciendo un nuevo concepto sobre función pública como aquella que realizan no solo los funcionarios públicos sino también aquellos particulares que cumplan función administrativa, función sancionadora o administre recursos públicos.

Para empezar se debe indicar que según el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, son deberes de todo servidor público, utilizar los bienes en forma exclusiva para los fines que están afectos.

A su vez el numeral 1 del artículo 35, establece, que a todo servidor público le está prohibido incumplir los deberes, abusar de los derechos o extralimitar sus funciones. Por su parte los numerales 1, 3, 30, y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, enumeran como faltas gravísimas, abusar del cargo para realizar a título de dolo una conducta tipificada penalmente (numeral 1), dar lugar por culpa gravísima a que se extravíen, pierdan o dañen bienes del estado o de particulares que estén bajo su custodia en razón de sus funciones, e incrementar injustificadamente el patrimonio directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, o permitir que otro lo haga (numeral 3), intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos (numeral 30), y participar en la etapa precontractual o contractual



en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la función administrativa (numeral 31)

El artículo 160, consagra una herramienta muy valiosa al servicio de la entidad de control, consistente en la suspensión de contratos cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público.

### **3.2.3. Responsabilidad fiscal.**

El artículo 5 de la Ley 610 del 2000, determina que la responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado, y un nexo causal entre estos elementos, se precisa que sin el daño patrimonial no puede existir responsabilidad fiscal. La gestión fiscal que genera responsabilidad es aquella antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que 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 la entidad estatal, el daño puede ser producto de la acción u omisión del servidor público o particular que de manera dolosa o culposa, genere o contribuya al detrimento al patrimonio público (artículo 6 ley 610 del 2000)

El párrafo 1 del artículo 114 de la ley 1474 de 2011, facultó a las contralorías para ordenar a los comerciantes la exhibición de libros, comprobantes y la contabilidad, con el propósito de identificar sobre costos en los contratos estatales, sancionando a quienes se nieguen a hacerlos con multas que van desde los 5 a los 10 smmlv.

Con todo, la norma más importante en el contexto de la responsabilidad fiscal y en relación con los sobrepagos, se encuentra en el artículo 118 de la ley 1474 del 2011, especialmente en lo concerniente al literal b) que consiste en responder

por 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 por aceptar sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado. Cuando se demuestre daño patrimonial al Estado por sobrecostos en la contratación u otras irregularidades, en un proceso de responsabilidad fiscal, acciones populares o de repetición, responden de manera solidaria el ordenador del gasto, el contratista y las demás personas que concurren al hecho, hasta que se recupere el monto del detrimento (artículo 119, ley 1474 del 2011). Según el Consejo de Estado<sup>62</sup> le asiste responsabilidad fiscal al contratista por la incidencia en el detrimento al patrimonio público, más aún cuando evidenciando que la entidad pública está contratando con precios superiores a los del mercado, decide de manera indiferente presentar su propuesta.

Es preciso indicar que cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista es 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, (artículo 61, ley 610 de 2000), norma que debe complementarse con el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, específicamente con el numeral 1 literal c, en el que se indica que son inhábiles quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad, por un término de cinco (5) años (inciso 2 del literal i) del precitado numeral 1).

Finalmente, en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la constitución, los artículos 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, los terceros afectados con la suspensión o terminación de un contrato por irregularidades en su celebración y/o ejecución, pueden demandar a la entidad y a los funcionarios responsables en un proceso de responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, Secretaría General de fecha 2 de marzo de 2010, Expediente 1100103150002005055800 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

## **4. Conclusiones y recomendaciones.**

### **4.1. Conclusiones.**

La corrupción se gesta en los vacíos e imprecisiones de las normas. En el caso particular de los sobrepuestos, su causa más plausible según la doctrina son los sobornos, los cuales explican la adjudicación de contratos afectados por este vicio, que a su vez causan un aumento injustificado en el valor del contrato o la disminución en la calidad de la obra, bien o servicio.

Por otro lado, el desconocimiento por parte de la comunidad acerca de cómo se adelantan los procesos de contratación, favorece igualmente la corrupción. Quedó expuesto que si bien se ha intentado establecer una regulación técnica de los precios, ninguna de las disposiciones que buscaba dicho propósito se encuentra vigente (Decreto ley 150 de 1976, ley 598 del 2000 y decreto 2170 del 2002).

Así, la disposición más propicia para la identificación de sobrepuestos en el paisaje normativo actual, es la facultad de las contralorías para examinar la contabilidad de los contratistas y comerciantes para realizar estudios de mercado (determinar costos directos e indirectos y margen de utilidad del mercado - literal D, y parágrafo 1 del artículo 114 de la ley 1474 del 2011).

Asimismo, se concluye que el contrato con sobrepuestos está viciado de nulidad absoluta. Una vez que es declarado nulo, los terceros de buena fe son acreedores de las restituciones a que haya lugar en el caso de asociaciones público-privadas, con derecho de preferencia sobre el mismo contratista, a quienes se les puede reconocer intereses corrientes del capital adeudado. En los demás casos no hay lugar al reconocimiento de intereses y se requiere que el contrato haya satisfecho el interés público.

Las entidades estatales no pueden terminar unilateralmente un contrato viciado de nulidad con fundamento en la prohibición del numeral 8 de artículo 24 de la ley 80 de 1993, ya que esta causal se subsume en el numeral 3 del artículo 44 de la misma ley, numeral que está por fuera de las opciones de terminación unilateral establecidas en el artículo 45.

Además, se llega a la constatación de que el contrato con sobreprecio puede ser objeto de control mediante la acción popular -acción de trámite preferente y sumario-, que puede ser adelantada por cualquier ciudadano y mediante la cual se puede analizar la legalidad del contrato, realizar los ajustes pertinentes y declarar su nulidad. Esto es de particular importancia, ya que subraya el rol de veedor al que está llamado a desempeñar el ciudadano como co-garante de la probidad en la ejecución de los recursos públicos. En efecto, parte de las acciones que se pueden derivar para controlar ese fenómeno son la materialización de las acciones de control social por parte de los grupos de valor que conforman las veedurías ciudadanas.

En cuanto a los responsables, es fundamental la determinación de la competencia funcional o legal para establecer el grado de responsabilidad o la ausencia de la misma, no obstante, como eximente de responsabilidad penal no se puede acudir al principio de confianza cuando se obró con descuido sobre el deber de vigilancia de los demás.

En todo caso, de este trabajo se concluye de forma principal que ni la ley ni la jurisprudencia han dado un concepto específico de lo que es el sobreprecio ni sobre cómo se delimita específicamente. En todo caso, identificar la diferencia entre sobrecostos y sobreprecio, y considerar las fluctuaciones económicas del mercado como la variación de la moneda -entre otros-, los cuales pueden incidir en la dinámica de las cotizaciones alterando los precios sin que por ello se configuren sobreprecios, hacen parte de los rubros que en ese sentido se deben definir normativamente.

Finalmente, delimitar los costos indirectos y el margen de utilidad en los contratos estatales, establecer un sistema de precios de referencia y reducir el monto autorizado de las adiciones, son las tres necesidades que se evidencian como las más importantes a raíz de este trabajo, como materia de reformas en la contratación estatal.

## **4.2. Recomendaciones.**

Hay un amplio número de acciones en el sistema jurídico colombiano que pueden ser utilizadas para el control de los sobrepagos, ya sea mediante el ajuste del valor de los contratos o mediante su terminación con la correspondiente recuperación de los recursos públicos, así también las consecuencias para los responsables son severas en cuanto a la devolución de los recursos y la imposibilidad de contratar nuevamente con el Estado, sin embargo la realidad evidencia que a pesar de los años que llevan vigentes estas sanciones, no han logrado acabar con la corrupción.

Eliminar la actual forma de realizar campañas políticas, remplazándola por un programa público de campañas, con espacios institucionalizados y dosificados prohibiendo la financiación privada, puede ser la forma de romper el eslabón existente entre la politiquería y la contratación estatal, esto con el propósito de garantizar la independencia de los electos.

Respecto a las excepciones a la licitación pública y no solo a este procedimiento de selección sino a la convocatoria pública en general, si de manera radical pretende eliminarse la corrupción, también se debería eliminar la contratación directa, pues todo aquello que se contrata bajo convenios, servicios logísticos y urgencias manifiestas va en contravía del principio de pluralidad de oferentes o de oportunidad de participación en la ejecución de los recursos públicos.

En su lugar, plantearse un procedimiento abreviado en el que puedan participar quienes acrediten la capacidad para ejecutar el contrato -por ejemplo una subasta con términos o etapas más cortas que los de la actualidad-, resulta

plausible. En todo caso se debe garantizar la publicidad del procedimiento, que el mayor número posible de potenciales oferentes se entere y decida si participar o no en el proceso. Esto, salvo los correspondiente a la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que no correspondan a consultorías y que deban adelantarse por concurso de méritos.

Ahora bien, es preciso advertir que con urgencia se requiere una reforma a la tipología contractual de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión ya que es una figura bajo la cual se disfrazan obras, suministros, arrendamientos y contratos-realidad. Es decir, la ley debe definir explícitamente las tipologías contractuales que deben llevarse a convocatoria pública.

## Referencias bibliográficas

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, 2006.

BANCO MUNDIAL. La Corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Cuadernos de Administración N.º 33, Universidad del Valle. Junio de 2005., p. 48.

BANCO MUNDIAL. Estudio de Corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad. Fundación Transparencia, Bogotá, 2002.

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

BENDECK OLIVELLA, Jorge. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, en Gaceta del Congreso, No. 75, 23 de septiembre de 1992.

BOBBIO, NORBERTO. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política [1985]. Traducción de José F. Fernández Santillán. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. 243 p.

BONIVENTO, JOSÉ ALEJANDRO. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Decima cuarta edición actualizada, Librería del profesional, 2000.

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.

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.

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.

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.

CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD. Informe nacional de competitividad. Capítulo 12. Corrupción, 2020.

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.

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.

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.

FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN, Colombia, uno de los países más críticos de corrupción, Pares, 2021. Disponible en <https://pares.com.co>

GAROFALO SALAZAR, AURELIO, Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, Tercera Edición Editorial Jurídica, Quito-Ecuador, 2004.

GARZÓN Valdés, Ernesto. La corrupción política. Alianza Editorial, 1997. p. 43.

GARZÓN VIVAS, HÉCTOR JULIO, “¿Fracaso del SICE?”, Mayo de 2005 – Publicado en <http://Google/> link. Corrupción en la contratación estatal por sobreprecios.

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 Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 39 - 44.

GONZÁLEZ Llaca, Edmundo. Corrupción. Patología Colectiva. Inap, 2005. p. 48.

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.

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.

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

LAFURIE 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.

MAQUIAVELO, N., Discursos sobre la primera década de Tito Livio. Ariel, Barcelona, 1954.

MAQUIAVELO, N., El príncipe. H & S, París, 1929.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO, Manual de Contratación de la Administración Pública, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 331.

MARTÍNEZ EDGAR E., RAMÍREZ JUAN M, “La Corrupción en la contratación Estatal Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”, Bogotá D.C.

MARX, K., El capital: Libro I - capítulo VI inédito (7a. ed.--.). México D.F.: Siglo veintiuno, 1978.

MEJÍA OSSMAN, JAIME, Régimen de Derecho Disciplinario, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2007.

MONITOR CIUDADANO DE LA CORRUPCIÓN, Radiografía de la Corrupción 2016-2020. Disponible en <https://monitorciudadano.co/hechos-corrupcion/>

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

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.

PINNO RICCI, JORGE, El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Primera edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

PRÉLOT, M., Historia de las ideas políticas, La Ley, Buenos Aires, 1986.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. 2011. p. 13

PROYECTO DE LEY No. 85 DE REFORMA A LA LEY 80 DE 1993.

RICO PUERTA, LUIS A., Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Quinta Edición, Editorial Leyer, 2007.

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

SANTOFIMIO G. JAIME ORLANDO. Delitos de celebración indebida de contratos, Primera reimpresión, 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.

SMITH, ADAM, Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones [1776]: Fondo de Cultura Económica, México DF, 1992

STIGLITZ JOSEPH E., Economía, 1ª reimpresión, 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.

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Informe índice de Transparencia Nacional 2007-2008.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Convenciones Anticorrupción en América. Lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Transparencia Internacional. Berlín, 2006. p. 3.

VILLEGAS GARZÓN, OSCAR, El Proceso Disciplinario Ley 734 de 2002, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006. p. 72.

YOUNES, DIEGO, Curso Elemental de Derecho Administrativo, Cuarta edición.

YOUNES MORENO, DIEGO, Derecho Constitucional Colombiano, Décima Edición - Grupo Editorial Ibáñez, Décima 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 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

DECRETO 1510 DE 2013

DECRETO 1082 DE 2015



LEY 777 DE 1992

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 2014 DE 2019

## **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.