

**LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA:
UN ESTUDIO AL CASO REFICAR**

JUAN DIEGO ROMAN CHAVARRIAGA

DANIEL DAVID RAMÍREZ RÍOS

Manizales, Caldas

Universidad de Caldas

2023

CONTENIDO

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	6
ANTECEDENTES	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
Objetivo General	11
Objetivos Específicos	11
JUSTIFICACIÓN	12
HIPÓTESIS	13
METODOLOGÍA	15
MARCO REFERENCIAL	16
1. CONTRATACIÓN ESTATAL	16
2. LEY 80 Y OTRAS DISPOSICIONES	21
2.1. Principios de la Contratación Estatal	27
2.2. Estructura Ley 80 y aspectos relevantes.	28
2.3. Ley 1150 de 2007	39
2.4. Ley 1474 de 2011	47
2.5. Ley 1882 de 2018	49
3. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL	50
3.1. Etapa precontractual	51
3.2. Etapa Contractual	54
3.3. Etapa Postcontractual	55
3.4. Personas naturales o jurídicas que pueden contratar con el estado.	57
3.5. Organismos de Control. Ministerio Público y Contraloría General de la Nación.	57
3.6. Garantías y pólizas.	61
CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LA MODERNIZACIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA A LA LUZ DE LAS INVESTIGACIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	63
4. Nacimiento del Proyecto	63
5. Etapa Precontractual	69
6. Etapa contractual y de ejecución del proyecto con Glencore	72
7. Ejecución del proyecto con CB&I	76
8. Análisis de las indemnidades	81
9. Conclusiones de la Contraloría General de la República en cuanto a la ejecución del proyecto	83

Capítulo II. COMPARATIVA DEL DISEÑO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO LA CUAL SE RIGIÓ LA CONTRATACIÓN DEL CASO REFICAR Y LA NORMATIVA ACTUAL, A LA LUZ DE LA EJECUCIÓN DEL MACROPROYECTO. 85

10. Ley 80 de 1991 En la contratación de la modernización de la refinería de Cartagena	85
10.1. El principio de Transparencia.	85
10.2. Principio de Economía.	88
10.3. Principio de Eficiencia.	90
10.4. Principio de Responsabilidad	92
10.5. Interpretación amplia del pliego de condiciones.	95
10.6. Adjudicación del proyecto a Glencore.	96
10.7. Controles de cambio.	97
10.8. Imputación penal en el caso Reficar	99
10.9. Intervención de los organismos de control.	105

CAPÍTULO III. CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA Y LEYES CON RELACIÓN A LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE RIGEN CON POSTERIORIDAD AL CASO REFICAR Y SU EFICACIA A LA HORA DE COMBATIR LA MALVERSACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS 107

12. Ley 1150 de 2007	110
13. Decreto 2474 de 2008	111
14. Ley 1474 de 2011	113
15. Normativa posterior a la ley 1474 de 2011	114
15.1. Decreto 1082 de 2015 y posteriores.	115
15.1.1. Decreto 734 de 2012	115
15.1.2. Decreto 1510 de 2013	117
16. Estadísticas para determinar la percepción de la corrupción en el siglo XXI y análisis de las leyes expedidas para combatirla.	119
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFÍA	126

TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1.....	69
Tabla 2.....	74
Tabla 3.....	77
Gráfico 1.	99
Gráfico 2.	120

RESUMEN

El presente trabajo de grado tiene por objetivo revisar una de las principales fuentes de corrupción en el país, como es el modelo de contratación estatal que tenemos actualmente, y otras figuras jurídicas relacionadas que influyen antes, durante y después en la actividad contractual, específicamente en el caso de los sobrecostos del proyecto de la refinería de Cartagena Reficar. Colombia cuenta con los más altos índices de corrupción en el mundo; se presenta oportuno realizar una investigación acerca de cuáles son los factores que impiden menguar la corrupción en los contratos estatales, teniendo como partida el caso planteado, ya que es en este tipo de contratos donde se generan los mayores desfalcos económicos para el país.

Para esto, luego de definir y explicar a grandes rasgos la estructura y el funcionamiento del modelo de contratación estatal colombiano, se abordarán las diferentes problemáticas que inciden en la corrupción de los contratos estatales, mediante el estudio de distintos factores que podrían ser sus principales causas; factores que son principalmente de carácter jurídico, los cuales son el objeto de este estudio, pero que también poseen un carácter humano y social. Esto con la finalidad de hacer un análisis del caso de Reficar y en cómo incidieron estos factores.

Palabras clave: Contratación estatal, contratación pública, corrupción, contratación directa, licitación, soborno, clientelismo, Reficar.

ASBTRACT

The purpose of this degree work is to review one of the main sources of corruption in the country, as is the model of state contracting that we currently have, and other related legal figures that influence before, during and after the contracting process, specifically in the case of the cost overruns of the Reficar refinery project in Cartagena. Since Colombia has the highest corruption rates in the world, it is appropriate to conduct an investigation on the factors that prevent the country from making progress in terms of corruption in state contracts, taking as a starting point the case presented, since it is in this type of contracts where the greatest economic embezzlement for the country is generated.

For this purpose, after defining and explaining in broad terms the structure and functioning of the Colombian state contracting model, the different problems that affect corruption in state contracts will be addressed, through the study of different factors that could be the main causes of corruption in state contracting processes. These factors are mainly of a legal nature, which are the object of this study, but also have a human and social character. Finally, an analysis of the Reficar case and the impact of these factors is made.

Key words: State contracting, public contracting, corruption, direct contracting, bidding, bribery, clientelism, Reficar.

INTRODUCCIÓN

El tema de la corrupción en Colombia ha sido estudiado desde diversos puntos de vista y por múltiples autores como lo son Vivian Newman Pont y Maria Paula Ángel Arango con su libro “Sobre la Corrupción en Colombia: Marco conceptual, diagnóstico y propuesta política”, Jorge Enrique Robledo con su libro “La Corrupción en el Poder”, Benjamín Luna Burgos con “Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción”, entre muchos otros libros, columnas, tesis y presentaciones, sin embargo, nuestro trabajo intentará descomponer el SGCE para distinguir si éste incide en la malversación fondos constantemente en el Estado colombiano a causa de su debilidad normativa o, por el contrario, es un sistema fuerte y las razones de la apropiación económica se debe únicamente a situaciones propias del ser humano.

Según el informe de la ONG Transparencia Internacional, La cual dio a conocer los resultados de su índice de Percepción de Corrupción (IPC) 2021, se destaca el estancamiento en la lucha contra la corrupción tanto en Latinoamérica, en especial en Colombia, dicha organización posicionó al país en la casilla 87 de 180 países, con una puntuación de 39 sobre 100, siendo 0 el índice de corrupción más alto y 100 el más bajo. (TI, 2022) Al respecto, la ONG mencionó:

La pandemia mundial de COVID-19 también se ha utilizado en muchos países como excusa para recortar las libertades básicas y eludir importantes controles y equilibrios (...) En contextos autoritarios en los que el control recae en unos pocos, los movimientos sociales son el último control que queda del poder. Es el poder colectivo de los ciudadanos de a pie, de todos los sectores sociales, el que en última instancia hará que se rindan cuentas. (TI, 2022).

Esto presupone un reto para las instituciones del país, ya que son fines del Estado promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como lo son, para el caso del ejercicio de las funciones públicas: la economía, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, etc. (Constitución, 1991). Dados los altos índices de corrupción que se reportan en el país, y que se deben en su mayoría al clientelismo y a los sobornos realizados en los procesos de contratación estatal, se hace evidente que no existe en Colombia una regulación normativa e institucional efectiva para frenar la corrupción, la cual hace gala de ser uno de los distintivos más negativos del país, y quizás la mayor causa de los atrasos en materia social, económica, salud y educación.

Antes de comenzar con la investigación, es pertinente presentar una definición del concepto de corrupción. Esta, por tener un alto componente moral y ético, hace que tenga una gran variedad de definiciones, las cuales pueden llegar a ser más o menos restrictivas, pero todas convergen en un detrimento al patrimonio público. Por ejemplo, El Banco Mundial define la corrupción como el “uso indebido de servicios públicos para beneficio personal” (2005) la cual llega a ser una definición bastante restringida. Mientras que la ONG Transparencia por Colombia la define como:

El abuso de posiciones de poder o de confianza, para el beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir bienes o dinero en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones. (2019).

Siendo esta última una definición más amplia. Sin embargo, como lo menciona Vanessa Silva, es claro que la corrupción gira en torno a tres aspectos de demasiada

importancia: la administración pública, el patrimonio del Estado y el interés público y social, siendo el primero: el escenario, el segundo: el propósito y el tercero: el verdadero perjudicado. (2017).

ANTECEDENTES

Debido a que la corrupción es uno de los principales problemas históricos del país, existe una gran diversidad de estudios que han intentado explicar la raíz de este fenómeno. Esto, ya que es la contratación estatal uno de los principales focos de corrupción en el país, por ser una institución que suele manejar una gran cantidad de recursos públicos, y por tener una larga historia de fraudes que han socavado el erario público. Si bien se expidió la Ley 80 de 1993 cuyo objetivo es regular las reglas y principios de los contratos estatales, en la actualidad se evidencian una gran cantidad de vacíos e inconsistencias que permiten a las partes de un contrato público interpretar o ajustar la ley a su conveniencia, lo cual no ha servido para disminuir los índices de corrupción, que afectan el desarrollo económico de la nación, y por tanto la calidad de vida de sus habitantes.

En el informe de la Misión de Observación Electoral (MOE), titulado “Así Roban a Colombia”, se detalla que desde 1991 hasta 2017 han sido condenados por corrupción un total de 679 políticos, donde 443 corresponde únicamente a los alcaldes, quienes llegaron todos por elección popular.

Así entonces, recordaremos algunos de los casos más sonados y en los cuales se evidenció la falta de garantías de la ley 80, para evitar distintos tipos de corrupción en el país.

Uno de los casos más trascendentes fue el del proyecto de modernización y ampliación de la Refinería de Cartagena (Reficar), el cual ha sido considerado uno de los mayores desfalcos en la historia del país:

“Todo estalló en enero de 2016. La Contraloría General de la República sacó a la luz un informe en el que denunció que la construcción de la refinería había costado 4 mil millones de dólares más de los que se tenían presupuestados inicialmente. Explicó que la ejecución del proyecto estaba estimada por un valor de 3.777 millones de dólares, pero terminó costando 8.016 millones de dólares. Lo anterior, según el ente de control, terminó en un detrimento patrimonial de al menos 2.433 millones de dólares, es decir, más de 5 billones de pesos colombianos.” (KyenyKe, 2019).

Estos sobrecostos se darían, entre otras cosas, por pagos de las entidades públicas a los contratistas en virtud de facturas sin restricciones ni controles, trabajos que se tuvieron que realizar varias veces por defectos en diseños, y sobrecostos en materiales de construcción, en los cuales se encontraría como responsables, por parte de la contraloría, tanto a miembros de la junta directiva y representantes de entidades públicas como la misma refinería o Ecopetrol, como también a miembros de los contratistas como Chicago Bridge y Iron Company, CBI Colombiana, Process Consultants Inc. Etc. (El Tiempo, 2021).

Otro de los casos más importantes fue el llamado Carrusel de la Contratación de Bogotá, en el cual la administración de Bogotá adjudicó contratos millonarios al Grupo Nule a cambio de comisiones claramente venales, pero que, debido a la norma constitucional, referente al posterior y selectivo, no fue sino hasta 10 años después del saqueo a la ciudad que los entes de control pudieron enterarse de lo que estaba sucediendo (Art. 267. Constitución Política de Colombia):

“El Carrusel de Contratación de Bogotá le costó \$2,2 billones a los capitalinos. Se trató de varios contratos de obras públicas amañados que resultaron direccionados. Por estos hechos, los hermanos Samuel e Iván Moreno Rojas, el empresario Emilio Tapia y otras 110 personas resultaron involucrados. Este carrusel se convirtió en el mayor escándalo de corrupción en Bogotá.”

Este caso, nos deja en claro que existen varias falencias en el proceso de contratación, no sólo durante el proceso contractual, sino además durante la etapa precontractual del contrato, y también posterior a este.

Uno de los estudios más importantes realizados sobre la corrupción en Colombia, es el realizado por la Misión de Observación Electoral (MOE), llamado “Así se roban a Colombia” (2018). El cual es una investigación detallada del funcionamiento del ciclo de corrupción del país, analizado desde un punto de vista más político que normativo, y en el cual se presentan las diferentes modalidades bajo las cuales se apropian de manera ilegal de los recursos públicos. Entre estas se encuentran:

- “1. Usar el Cargo para beneficiarse a sí mismo, a su familia o a sus amigos.
2. Pagar por contratos por obras o servicios no prestados o entregados.
3. Permitir actos de corrupción por descuido o falta de vigilancia.
4. Contratación directa (a dedo).
5. Aliarse con grupos ilegales para cometer actos de corrupción
6. Expedir normas contrarias a la ley para obtener beneficios.
7. Entregarles contratos a familiares y/o amigos inhabilitados para contratar.

8. Incluir sobrecostos en los contratos públicos.

9. Pedir sobornos a cambio de contratos.” (MOE, 2018, p. 10).

Es de destacar que este estudio realizado por la MOE, se hizo con base a las más de 15 mil sentencias y fallos condenatorios de carácter penal, disciplinario y de pérdida de investidura en contra de funcionarios públicos de elección popular, comprendidos entre 1991 y el 2017. (MOE, 2018, p. 10).

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las principales falencias en el diseño de la contratación estatal que permitieron hacer insuficientes las garantías para la correcta destinación de los recursos en el proyecto de modernización y ampliación de la refinería Reficar en el año 2007?

Objetivo General

Determinar cuáles son las principales falencias en el diseño de la contratación estatal que permitieron hacer insuficientes las garantías para la correcta destinación de los recursos en el proyecto de modernización y ampliación de la refinería Reficar en el año 2007

Objetivos Específicos

- Desarrollar la estructura normativa e institucional de los contratos estatales, desde una perspectiva de la transparencia, en toda la actividad contractual, desde la etapa previa o actos precontractuales, hasta la liquidación y terminación del contrato.
- Describir las circunstancias bajo las cuales se llevó a cabo el proceso de contratación y ejecución de la construcción de la Refinería de Cartagena.

- Comparar el diseño de la Contratación Pública que permitió una apropiación indebida de los recursos públicos en el caso de corrupción de Reficar frente a la normativa actual analizando los cambios surgidos a partir de entonces.

JUSTIFICACIÓN

El presente estudio de lo que llamaremos el Sistema General de la Contratación Estatal (SGCE), nace de la observación y de la constante malversación de fondos de la Nación o de las entidades descentralizadas nacionales a la hora de celebrar contratos, analizando el caso de la refinería de Cartagena Reficar. Este trabajo es un análisis a las etapas de la actividad contractual y a las leyes que la rodean el SGCE a través de autores que examinan los fenómenos de la corrupción para lograr determinar cuáles son las razones por las cuales se defiende el erario público.

Uno de los parámetros por el cual se permite plasmar en papel la evidencia de la corrupción en Colombia es El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) mide los niveles percibidos de corrupción de 180 países puntuando de 0 a 100 a cada uno de éstos, donde 0 refiere corrupción elevada y 100 como ausencia de corrupción. Una calificación por debajo de 50 puntos indica niveles de corrupción muy serios en el sector público.

Colombia, con 39 puntos se ubica en el puesto 87 de esta clasificación que se realiza a partir de ocho fuentes que mide la percepción de académicos, analistas e inversionistas extranjeros, respecto a qué tanto afecta la corrupción al sector público del país.

Quienes lideran esta clasificación como los países con menos percepción de corrupción son Dinamarca, Finlandia y Nueva Zelanda, con 88 puntos, y quienes la finalizan son Somalia y Siria con 13 puntos y Sudán del Sur con 11 puntos.

Colombia ha conseguido la misma puntuación que en el año 2020 y dos puntos más que en la anualidad 2019, manteniéndose estancada en la lucha contra la corrupción, ubicándose junto a países como Etiopía, Surinam o Tanzania.

Por otra parte, según la encuesta Global de Fraude 2018, realizada por EY, que tomó como muestra 2.550 ejecutivos de 55 países, entre ellos 50 fueron empresarios colombianos. “El 60% de quienes participaron en la encuesta en Colombia, aseguran que el fraude y la corrupción representan el mayor riesgo para su negocio, seguido de la regulación ambiental cambiante, con el 40%, y el ambiente macroeconómico con el 34%” reveló el reporte. Además, el 34% de los encuestados en Colombia también indicaron que usar el soborno es una práctica común para conseguir contratos con el sector público.

Aunado a lo anterior, según el informe de Transparencia por Colombia 2021, pudieron establecer que, según la información disponible para el estudio, en 367 hechos de corrupción se han visto comprometidos \$92,77 billones de pesos. “También, se determina que entre 2016 y 2020 se reportó la pérdida de \$13,67 billones de pesos en 284 hechos de corrupción. Esta cifra incluye el dinero que fue desviado, utilizado en algún objeto diferente, evadido como en el caso de los impuestos o utilizado para el pago de sobornos y extorsiones.” Dictamina el informe.

Teniendo en cuenta todo lo nombrado y los múltiples casos de corrupción que atacan el patrimonio de las entidades públicas a diario, se realiza este estudio para establecer las causas por las cuales el SGCE es permeable al desvío de fondos, se hace necesario para establecer un análisis del cual partir para indicar en qué partes del sistema deben realizarse los cambios.

HIPÓTESIS

El Sistema General de la Contratación Estatal es un entramado legislativo y administrativo que determina cuáles son las etapas, procedimientos y mecanismos a seguir por todas las personas jurídicas de derecho público para contratar con particulares u otras entidades públicas y, así acceder a bienes y servicios esenciales para su funcionamiento.

En este estudio analítico pretende determinar que la razón por la cual el SGCE es insuficiente para garantizar el correcto destino de los recursos públicos se debe a que, a pesar de tener un fuerte escudo legislativo y procedimental, tiene, también, múltiples atajos que permiten el desvío de fondos por parte de los servidores públicos, tomando como ejemplo, el caso del proyecto de la refinería Reficar.

Como lo describe Hobbes acerca de su descripción del estado de naturaleza en el Leviatán, los seres humanos son malos por naturaleza, al menos que precisen ser buenos “el hombre es un lobo para el hombre” (1651). De la misma manera, es posible pensar que los servidores públicos como seres humanos, de tal forma buscarán su propio bienestar a pesar de que tengan que pasar sobre los intereses generales del Estado para conseguirlo. Es importante esta circunstancia para entender que el SGCE puede intentar ser impenetrable, sin embargo, el hombre en la búsqueda de su beneficio particular, encontrarán un montón de “callejones” por los cuales escurrirse para defalcarse las entidades administrativas.

El presente trabajo realizará un recorrido a través de cada uno de los estamentos que conforman el SGCE para diagnosticar en dónde se encuentran los “callejones” mediante los cuales, entre servidores públicos y contratistas privados, realizan desvío de fondos de la Nación. Con un paso por los medios de control que vigilan la contratación estatal, se establecerá que los mecanismos de cuidado del patrimonio estatal son débiles y están permeados por la corrupción. Con un acercamiento a las garantías y pólizas que protegen el proceso, se pretende determinar que no son totalmente efectivas para resarcir los daños a la

nación y su existencia se dirige más a cumplir una mera formalidad y no realmente de facto. Además, de los mecanismos de transparencia creados para dotar de fidelidad el sistema se espera expresar con precisión que, al ser simples manuales, la mayoría de las veces no presentan la realidad del destino de los fondos; y por último, este estudio se acercará al sistema de Responsabilidad de los Servidores Públicos para señalar que ante el gran índice de impunidad de los delitos contra la administración, el sistema es permisible a la malversación de fondos. (Art 408, 409 y 410, Código Penal Colombiano)

METODOLOGÍA

La metodología aplicada para realizar el presente estudio acerca de las causas por las cuales el Sistema General de la Contratación Pública es insuficiente para garantizar el correcto destino de los dineros públicos será la analítica-descriptiva.

Mediante el estudio minucioso de trabajos investigativos previos se pretende ofrecer una respuesta contundente al problema investigativo que nos inquieta. Se reunirán datos de estudios sobre la cantidad de dinero malversado por entidades administrativas para estudiarlos transversalmente con las leyes y actos administrativos que rigen el SGCE y llegar a conclusiones que permitan entender el fenómeno de la corrupción en Colombia.

Se utilizará el método analítico en este estudio debido a que múltiples autores se han dedicado a reunir datos para cuantificar la malversación de fondos, pero los han presentado como consecuencia única de la motivación humana y su deseo de beneficiarse por encima de los otros; sin embargo, mediante la utilización de datos, argumentos e indagación del entramado legislativo y administrativo se intentará presentar una razón por la cual advertir que el sistema es permeable a la corrupción.

MARCO REFERENCIAL

1. CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación estatal en Colombia es el proceso a través del cual el Estado contrata a empresas o personas para la prestación de servicios, la realización de obras o la adquisición de bienes. Este proceso está regulado por la Ley 80 de 1993 y su reglamento, que establece las bases para la selección de contratistas y la forma en que deben llevarse a cabo los contratos.

La contratación pública o contratación estatal se podría definir como la herramienta jurídica que emplean las entidades públicas para adquirir los bienes y servicios que requieran, de conformidad con un procedimiento regulado por disposiciones legales, en procura de los fines del Estado. Lo anterior, con observancia del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, respecto a los fines de la contratación estatal:

“Los servidores públicos deben tener en consideración que, al celebrar contratos y durante la ejecución de los mismos, se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.” (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Así entonces, la contratación estatal se constituye como una de las principales formas en las que el estado materializa la mayoría de sus fines, de tal manera que, mediante la contratación de entidades de carácter privado, especializadas en el desarrollo de los objetos contractuales que establecen las mismas entidades públicas para desarrollar sus políticas públicas o para su propio funcionamiento.

Su objetivo principal es regular estos procesos para que se desarrollen según las disposiciones y mecanismos legales establecidos para el tipo de contratación con entidades estatales mencionados. Este tipo de contratos regulados por la contratación estatal se caracterizan por:

“La ejecución de una obra, la realización de una Consultoría, o de una concesión, la prestación de un servicio público o cualquier otra contraprestación cuyo objetivo sea el fomento de los intereses o la satisfacción de las necesidades de la población como objeto del contrato.

Para que un contrato devenga en administrativo, debe comprender la participación de un órgano estatal o de un ente de carácter privado en ejercicio de la función administrativa. (Art. 210, inciso 2°, Código Penal Colombiano)

El contrato debe ser por naturaleza adhesivo, sea por la existencia de un contrato macro o por la limitación de las condiciones y los requisitos por parte de la Administración, como resultado de la elaboración unilateral de las cláusulas contractuales por el Estado

La existencia de prerrogativas especiales de la Administración (Cláusulas exorbitantes) que, si bien se encuentran delimitadas en su alcance por la constitucionalización del derecho administrativo, subordinan al interés público los principios de la contratación privada como la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes.” (Zunino, 2013).

Sin embargo, a pesar de los múltiples esfuerzos por parte del legislador para que en todo el procedimiento de la contratación estatal se cumplan con todas las disposiciones legales, no han sido pocos los casos de servidores públicos y particulares que han obviado

la normatividad y han ido en contra de los fines de la contratación estatal, encontrándose incursos en delitos contra la administración pública.

La contratación estatal se divide en dos categorías: la contratación directa y la contratación mediante convocatoria pública. La contratación directa se utiliza cuando existen circunstancias especiales que justifiquen la contratación sin necesidad de una convocatoria pública. El artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, establece los casos en los que es viable este tipo de contratación, así:

- “a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

k) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.

l) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

m) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

n) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.” (Congreso de la República, 2007).

Por otro lado, la contratación mediante convocatoria pública se utiliza cuando no existen circunstancias especiales que justifiquen la contratación directa y se lleva a cabo mediante un proceso de selección en el que se invita a todas las empresas interesadas a presentar sus ofertas.

Sin embargo, tanto con la entrada de la ley 80 como de posteriores modificaciones de la ley 1150 de 2007, se establecen distintas modalidades de selección adicionales, entre las cuales encontramos además de la licitación pública, y la contratación directa, el concurso de méritos, la selección abreviada, y por último tenemos la de mínima cuantía que se dio con entrada en vigencia del artículo 94 del Estatuto Anticorrupción, ley 1474 de 2011, y el decreto 1082 de 2015 (Art. 2.2.1.2.1.5.2).

Uno de los objetivos de la contratación estatal en Colombia es garantizar la transparencia y la imparcialidad en el proceso de selección de contratistas. Para ello, se han establecido una serie de principios y criterios que deben seguirse en la contratación, como el principio de publicidad, que establece que todas las convocatorias y ofertas deben ser públicas y accesibles a todas las empresas interesadas; el principio de igualdad de oportunidades, que garantiza que todas las empresas tengan la misma oportunidad de participar en el proceso de selección; y el principio de mérito, que establece que la selección debe basarse en la calidad y la idoneidad de las ofertas presentadas.

La contratación estatal en Colombia también ha sido objeto de críticas y polémicas. Una de las principales quejas es la falta de transparencia y de equidad en el proceso de selección de contratistas, especialmente cuando se trata de grandes obras o proyectos. Además, también se ha denunciado la existencia de corrupción y de tráfico de influencias en la contratación estatal, lo que ha llevado a la adopción de medidas para mejorar la transparencia en estos procesos de contratación. Así las cosas, las grandes obras se adjudican a los proponentes de músculo financiero fuerte.

2. LEY 80 Y OTRAS DISPOSICIONES

La Ley 80 de 1993, también conocida como la Ley General de la Contratación Administrativa, es una ley colombiana que regula el procedimiento administrativo. Tiene como objetivo garantizar el debido proceso y la transparencia en la toma de decisiones administrativas, así como proteger los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública. Como lo expone en su Artículo 1º, Dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. (1993), de esta manera es la norma máxima por la cual se desarrolla la Contratación Pública. Establece además los principios y normas que deben seguirse en el procedimiento administrativo, incluyendo la motivación de las decisiones, la participación ciudadana y el acceso a la información. También establece el recurso de reposición que puede interponerse contra decisiones administrativas y establece la figura del Defensor del Pueblo, encargado de velar por el cumplimiento de esta ley y proteger los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública.

Por medio del artículo 150 de la Constitución, parte final, se le ordenó al congreso “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.” (1991). Así entonces, la ley 80 de 1993 sentó el régimen jurídico aplicable a la contratación estatal en el país, bajo el contexto del cambio del modelo político, económico, territorial y social que promulgaba la nueva Carta Política, de manera que se ajustarán los procesos de contratación estatal a las nuevas necesidades que exige el estado social de derecho. Entre los factores más importantes se encuentran la inclusión de la participación ciudadana en los procesos de contratación, la vigilancia y control por parte de otras entidades públicas, y la transparencia en el proceso de contratación.

La Ley 80 también establece las bases para la selección de los proveedores de bienes y servicios, así como las obligaciones y responsabilidades de las empresas contratadas y del Estado en el proceso de contratación. Además, establece mecanismos de control y supervisión para garantizar el cumplimiento de las normas y la transparencia en el proceso de contratación estatal.

Como lo menciona Rico Puerta, las bondades de este nuevo estatuto de contratación que fueron proyectadas al momento de la sanción, al poco tiempo de iniciada su vigencia, fueron rezagadas por la contundente realidad que entraba en contradicción, por el rígido esquema contractual, con las particulares calidades económicas de la Administración Pública en diferentes niveles (2018).

Esto, como lo menciona Rico, conlleva a un inadecuado manejo de la contratación, que a su vez tiene consecuencias en la comunidad misma, ya que resta posibilidades reales de acceso a los servicios esenciales y básicos, pues no existe una pertinente, eficaz y eficiente inversión social. También le resta eficiencia y economía a la contratación, pues todo el proceso contractual se ve encarecido. Desgasta el aparato burocrático y disminuye directamente la ampliación de cobertura en salud, educación, y seguridad social y pública. (Rico, 2018).

Para contrarrestar estas consecuencias, se ha optado por un diseño de legislación rígido, con un excesivo número de controles, que la mayoría de las veces, en vez de contribuir a la realización de los fines de la contratación, terminan entorpeciendo las labores del funcionario público, quién pudiendo llevar a cabo un proceso transparente de contratación gracias a los principios generales del derecho y de la contratación misma, puede fácilmente caer en la exégesis gracias a temor que los órganos de control han generado con sus desaciertos investigativos.

De la misma manera, la Ley 80 de 1993 establece que la Contratación Pública, tiene como propósito el cumplimiento de los fines estatales, a través de la celebración de contratos y convenios, sumado a una eficiente y continua prestación de servicios públicos y la efectividad de quienes colaboran para la consecución de dichos fines (Ley 80 de 1993, Art. 3).

Es así como, para la consecución de los fines esenciales del Estado, la Constitución y la Ley han creado un sinnúmero de personas jurídicas, quienes son las llamadas a realizarlos. Estas personas jurídicas son entidades de derecho público con patrimonios propios a quienes se encomienda en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado.

La Ley 80 de 1993 presenta a quienes se les conoce como entidades estatales, estas son:

“La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”(1993).

Además, son entidades públicas:

“El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la

Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.” (1993). Por ejemplo, el Decreto 111 de 1994, en su artículo 110, otorgó capacidad para contratar a los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación. También otorgó suficiencia para comprometer a nombre de la persona jurídica, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección (1996).

Así las cosas, teniendo claridad acerca de quiénes pueden contratar y la Ley 80 de 1993 hace un recorrido exacto por cada una de las etapas contractuales, tal como se explican en este escrito y, además, determina que la Contratación Estatal estará regida bajo los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Sumado a lo anterior, dispone que en la interpretación de las reglas contractuales se tengan en consideración “los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” y establece el deber de selección objetiva.

Por otra parte, de los temas más importantes que precisa la Ley 80 de 1993 son los sistemas de contratación para la adquisición de bienes y servicios, estos son:

1. Licitación Pública: Es un concurso público que se realiza cuando el objeto del contrato consiste en estudios técnicos, intelectuales o especializados. Está determinado el procedimiento en el artículo 30 de esta ley, y se aplicará cuando el valor del contrato sea superior a la menor cuantía -Determinada en el presupuesto de cada entidad- (Dirección Nacional de Planeación, 2007)
2. Contratación directa: Tal como se describió anteriormente, como lo indica el artículo 2, numeral 4° de la Ley 80 de 1996, Cuando el contrato que pretenda que pretenda celebrar

la entidad sea: de urgencia manifiesta, contratos de empréstitos, contratos interadministrativos relacionados directamente con el objeto de la entidad ejecutora, contratos de bienes y servicios en el sector defensa que requieran reserva, contratos para el desarrollo científico y tecnológico; contratos de encargos fiduciarios de las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración, cuando no haya pluralidad de oferentes en el mercado, contratos para la prestación de servicios profesionales o artísticas que solo puedan encomendarse a ciertas personas naturales, contratos para el arrendamiento o adquisición de inmuebles, contratos para adquirir bienes y servicios para el DNI cuando requiera reserva, selección de peritos judiciales, contratos o convenios con cabildos y autoridades indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas; contratos con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades; y contratos con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones; se podrá celebrar mediante esta modalidad.

Esto sin contar los procesos de concursos de méritos, selección abreviada mínima cuantía, los cuales fueron añadidos por leyes posteriores pero que no ocupan al caso de contratación motivo de análisis en la presente investigación.

Cabe aclarar que los procedimientos anteriormente nombrados, se aplican indistintamente a los contratos de compra de bienes y servicios, contratos de obra y contratos de consultoría. La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 define los contratos de obra como “los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.” (Ley 80 de 1993, art. 32).

Por la naturaleza del asunto, el contrato celebrado para la construcción de la Refinería de Cartagena fue un contrato de obra, por ello que el proceso de contratación tuviera que llevarse a través de los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993, propiamente los de la Licitación Pública. Además, se complementó con un contrato de interventoría, como lo indica el artículo 32, numeral 1º parte final: “En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.”. (1993)

En principio, todas las entidades públicas que quieran celebrar contratos deberán hacerlo bajo las estipulaciones de la Ley 80 de 1993, sin embargo, hay excepciones que tienen su propio estatuto de contratación, que, a pesar de que no vayan a ser objeto de estudio en este escrito, es pertinente tener en cuenta. Estas excepciones a la Ley 80 de 1993 son los contratos celebrados por: Universidades Públicas: Ley 30 de 1992; Banco de la República: Ley 31 de 1992; Entidades estatales que presten servicios públicos: Ley 689 de 2001; la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la garantizar seguridad aérea y aeroportuaria: Ley 105 de 1993; Empresas sociales del Estado: Ley 100 de 1993; En materia minera: Ley 685 de 2001; Contratación con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, o con personas de derecho público y con la banca multilateral:

Podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. Ley 1150 de 2007, artículo 20. (Palacio Hincapié, J.A., 2014).

2.1. Principios de la Contratación Estatal

Los principios de la contratación estatal en Colombia son aquellos valores y normas que deben guiar el proceso de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Primeramente es necesario recordar los modos de selección de contratación existentes en nuestra legislación, tanto con la entrada de la ley 80 como de posteriores modificaciones de la ley 1150 de 2007 y la ley 1882 de 2018, en las cuales se establecen distintas modalidades de selección, entre las cuales encontramos la licitación pública, la selección abreviada, la contratación directa y el concurso de méritos, y por último tenemos la de mínima cuantía que se dio con entrada en vigencia de la ley 1474 de 2011 del Estatuto Anticorrupción.

Los principios de la contratación estatal en Colombia son:

- a. **Transparencia:** Se refiere a la obligación del Estado de publicar y difundir de manera oportuna y clara toda la información relacionada con el proceso de contratación. Además de actuar en los procesos de selección de manera clara, pública e imparcial.
- b. **De Selección Objetiva:** Se refiere a la necesidad de establecer criterios objetivos y razonables para la selección de proveedores y la evaluación de propuestas.
- c. **Eficiencia:** Se refiere a la necesidad de optimizar el uso de los recursos públicos en el proceso de contratación, buscando el mejor costo-beneficio para el Estado.
- d. **Publicidad:** Se refiere a la obligación del Estado de realizar una convocatoria pública para la contratación de bienes y servicios.
- e. **Igualdad de oportunidades:** Se refiere a la obligación del Estado de garantizar que todas las empresas interesadas en participar en el proceso de contratación

tengan las mismas oportunidades de acceso a la información y de presentación de propuestas.

f. No discriminación: Se refiere a la obligación del Estado de no discriminar a ninguna empresa en el proceso de contratación por razones de género, raza, orientación sexual, entre otras.

g. Responsabilidad: exige buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, que no son otros que los fines estatales y la continua y adecuada prestación de los servicios públicos. (Ley 80, 1993; ley 1150, 2007; ley 1474, 2011).

Estos principios son fundamentales para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso de contratación estatal en Colombia, y deben ser respetados por todas las entidades públicas y empresas contratadas.

2.2. Estructura Ley 80 y aspectos relevantes.

La estructura de esta ley se divide en los siguientes títulos y capítulos:

Título I: Disposiciones generales.

Este título establece las disposiciones generales de la ley, como su objeto, su ámbito de aplicación y sus principios fundamentales.

Título II: Modalidades de contratación.

Este título establece las modalidades de contratación que pueden utilizarse para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que en esta ley son: licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, subasta inversa y contratación directa. También se establecen las condiciones y requisitos para la utilización de cada una de estas modalidades.

Título III: Proceso de contratación.

Este título establece las etapas del proceso de contratación, desde la convocatoria hasta la firma del contrato y su ejecución. También se establecen las obligaciones y responsabilidades de las entidades públicas y de los contratistas, que pueden ser personas naturales, jurídicas, consorcios, uniones temporales, etc.

Título IV: Control y supervisión

Este título establece los mecanismos de control y supervisión del proceso de contratación, como la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la creación de la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF). También se establecen las sanciones y medidas disciplinarias aplicables en caso de incumplimiento de las normas establecidas en la ley, los cuales realiza la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación a través del análisis de la actividad contractual.

Título V: Disposiciones finales

Este título establece las disposiciones finales de la ley, como su vigencia y su aplicación inmediata. (1993).

Entre las disposiciones más relevantes de la Ley 80 que han de ser analizadas para el proceso de contratación realizado con la Refinería de Cartagena (Reficar) tenemos las siguientes:

“Artículo 3. De los fines de la Contratación Estatal: Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza

el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”. (Congreso de la República, 1992).

Así entonces, tenemos que, al celebrarse contratos públicos, los administradores deben de tener en cuenta que dichos contratos no se celebran con los fines que lo haría por ejemplo una entidad privada, debido a que se manejan recursos públicos, y por tanto se deben cumplir fines estatales con dichos recursos, teniendo un mayor peso y relevancia a la hora de realizar una contratación pública. Sin embargo, como se detallará en el presente estudio del caso Reficar, la administración pública y los contratistas privados no gestionaron los recursos económicos destinados al proyecto acorde a los principios de la contratación estatal.

“Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.” (Congreso de la República, 1993).

Una de las figuras más importantes que trae consigo la Ley 80, es la figura de la caducidad, toda vez que permite a la administración terminar la ejecución de un contrato en caso de que esté presente una grave causal de incumplimiento por parte del contratista, que evidencia que puede conducir a la paralización del proyecto. Sin embargo, la administración

pública puede omitir esta figura, y continuar con la ejecución de un contrato, adoptando las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. Así las cosas, la autoridad contratante debe garantizar que la obra se ejecute a cabalidad, y de no ser así declarar la caducidad, para salvaguardar los recursos públicos que son afectados por incumplimientos del contratista, lo cual perjudica enormemente y de manera directa al país y a los administrados, ya que con dichos recursos públicos se podrían realizar inversiones a otros sectores que también necesitan una ayuda económica como lo son el sector salud, educación, etc.

Aunado lo anterior, el servidor público que no declare la caducidad de un contrato cuando a ello hubiere lugar incurrirá en falta disciplinaria. El artículo 54 de la Ley 1952 de 2019 enumera las faltas disciplinarias gravísimas relacionadas con la Contratación Pública así:

“1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que este incurra en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

4. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello.

5. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.” (Congreso de la República, 2019).

Así las cosas, el Código General Disciplinario no especifica como falta gravísimas el no declarar la caducidad de un contrato cuando a ello. Sin embargo, no significa esto que no incurra en falta disciplinaria el servidor público que se abstenga de hacerlo. Como lo indica el artículo 68 de este mismo articulado: “Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la incursión en prohibiciones, salvo que la conducta este prevista como falta gravísima.” (Congreso de la República, 2019).

En concordancia con lo anterior, el artículo 38 del Código General Disciplinario, establece en su numeral 3, que es deber de todo servidor público: “Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injusticia de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.”. Conforme a este análisis, el no declarar la

caducidad de un contrato, cuando a ello hubiere lugar, y tampoco realizar las intervenciones necesarias para evitar la paralización de la obra, configura incumplimiento al deber de la diligencia y es omisión que afecta los intereses del Estado, constituyendo así falta disciplinaria grave.

“Artículo 22. De los Registros de Proponentes. El registro de proponentes creado por la Ley 80 de 1993 estableció sus reglas de funcionamiento en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedó así: “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

“No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o actualización que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.

La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento. La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita.

6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.

El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

6.3. De la impugnación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

La presentación de la demanda no suspenderá la inscripción, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro.

Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de veinte (20) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP.

En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado

para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.”

Por esta razón este Registro Único de Proponentes (RUP) es uno de las garantías más importantes que ofrece la Ley 80, ya que permite que en licitaciones públicas que sean de menor o mayor cuantía, los interesados deban estar inscritos en este RUP en el cual se le hace un seguimiento e informe de los diferentes contratos realizados por dicha entidad, pudiendo así que tanto la administración pública, como los diferentes aspirantes a ganar el contrato y el público en general, puedan conocer el desempeño en contratación de las entidades que se presentan a la licitación, analizando el número de contratos que una determinada entidad ha cumplido, con sus respectivas cuantías, objetos de contrato, prorrogas e incumplimientos, etc. Lo que genera una mayor transparencia y confiabilidad a la hora de contratar.

“Artículo 24. Del pliego de condiciones. En virtud del principio de transparencia:

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

9o. 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.” (ley 80, 1993); dicha ley sustenta el Principio de Transparencia sobre cuatro aspectos esenciales, como lo son el procedimiento de selección; la publicidad de las actuaciones negociales; objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones; y motivación de los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella.

La ley 80 vincula directamente la transparencia con los procedimientos de selección. El legislador estima que la forma procedimental garantiza la vigencia del principio. De allí que la contratación estatal solo tenga cinco vías procedimentales posibles (licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa y mínima cuantía), entre las cuales establece como regla general, la licitación pública.

Los procedimientos de selección resuelven cómo se contrata. Los criterios de favorabilidad responden a la pregunta de con quién se contrata, es decir a quien se adjudica. Y adicionalmente, se debe tener en cuenta acerca de qué se contrata. (Rico, 2018).

Así entonces, el qué (bienes de características técnicas uniformes), y los criterios de favorabilidad, es decir a quién (proponente con menor precio), conducen inevitablemente al cómo se contrata (tipo de contratación a utilizar).

Ante esto, es menester mencionar que este artículo 24 de la ley 80 tiene criterios claros acerca de cómo debe confeccionarse los pliegos de condiciones, las diferentes y posteriores reformas como, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, la Ley 1753 de 2015,

la Ley 1882 de 2018, la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1082 de 2015, solo han agregados aspectos formales.

Además, cabe recalcar que otro aspecto del principio de transparencia es la motivación de los actos administrativos expedidos en la actividad contractual o con ocasión de ella. Esto quiere decir que estos actos administrativos (salvo los de mero trámite), se motivarán en forma detallada y precisa al igual que los informes de evaluación, el acto de adjudicación y declaratoria de quedar desierto el proceso de escogencia. Este deber de motivación hace parte del más elemental deber del administrador de la cosa pública, en tanto permite auscultar la verdadera finalidad de la actividad negocial, y controlar jurisdiccionalmente tal decisión en el evento en de que medie falsa motivación o desviación de poder. (Rico, 2018).

2.3. Ley 1150 de 2007

En un esfuerzo por limitar la corrupción que se ha presentado históricamente en la Contratación Estatal en Colombia, el estado ha expedido varias leyes y decretos con el fin de salvaguardar la transparencia en los procesos de contratación, por ejemplo modifica el Código Penal creando el delito de “Celebración indebida de Contratos”. Sin embargo, aunque muchas de estas leyes y decretos han entorpecido los procesos de licitación pública poniendo requisitos que a veces son más un limitante tanto para la administración como para los diferentes oferentes; se analizarán de manera general algunas de las leyes posteriores a la Ley 80 y al contrato de obra pública celebrado por la Refinería de Cartagena y Ecopetrol, a efecto de hacer un análisis en el capítulo final para verificar si estas modificaciones posteriores a la Contratación Estatal si han contribuido a lograr una mayor transparencia en los procesos de contratación pública, o si por el contrario ha sido más leyes y decretos que han traído requisitos nuevos a las licitaciones públicas que han entorpecido mayormente los procesos de contratación.

Una de las principales leyes que buscan suprimir en lo posible la corrupción en Colombia es la ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993” (Congreso de la República).

A raíz de las falencias que presenta la Ley 80 de 1003 en cuanto a la corrupción y la falta de planeación y ejecución presupuestal en las entidades públicas aparece dicha ley, la cual busca realizar un mayor control a la corrupción en la contratación pública del país. Trayendo consigo tres aspectos fundamentales como lo son una contratación más transparente y eficiente, una contratación electrónica y la contratación como instrumento de desarrollo económico y social, cuyo objetivo primordial es el de garantizar una mayor transparencia y eficiencia del uso de los recursos públicos a través de nuevas herramientas tendientes a este propósito.

La importancia de esta norma, radica en que apareció con la finalidad de dar mayor transparencia a los procesos de contratación, sobre todo en lo relacionado con la selección objetiva de los contratistas y sus diversas modalidades de selección agregando además una regulación conexas a los medios electrónicos informáticos denominada contratación pública electrónica”, entre otros aspectos relacionados con la preparación de los pliegos de condiciones, su publicación, estudio de propuestas, entidades de régimen especial de contratación, que hacen que tenga su carácter de reformatoria (Rodríguez, 2017)

Entre los mayores cambios traídos por esta Ley tenemos una reformulación del principio de selección objetiva, modificaciones a los procesos de selección, así como la definición del criterio de oferta más favorable para cada de modalidad de selección, presenta un mayor apoyo a las MiPymes, establece una mayor verificación documental de condiciones de los proponentes plasmados en el Registro Único de Proponentes (RUP) a cargo de las Cámaras de Comercio, además de la adjudicación obligatoria en audiencia pública en los procesos de licitación pública, entre otras. (Sánchez, 2008).

La modificación más importante que introdujo esta norma al Sistema General de la Contratación Estatal, se dio con la aparición de un fortalecimiento o reformulación del principio del principio de selección objetiva, logrando que los factores de evaluación en los procesos de contratación se hacen más estrictos y específicos para cada proceso de contratación en particular, evitando que estos sean direccionados, ahondando en la idea de que los requisitos para contratar deben ser mínimos, proporcionales y adecuados con el objeto contractual (Rodríguez, 2017)

Dicha ley establece 3 nuevos tipos de contratación, además de la regla general ya existente que es la licitación pública, como lo son la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, definidas y previstas para las siguientes circunstancias:

“Artículo 2º. De las modalidades de selección.

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

(...)

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La enajenación de los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, Frisco, se hará por la Dirección Nacional de Estupefacientes, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las recomendaciones que para el efecto imparta el Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Reglamento deberá determinar la forma de selección, a través de invitación pública de los profesionales inmobiliarios, que actuarán como promotores de las ventas, que a su vez, a efecto de avalúos de los bienes, se servirán de evaluadores debidamente

inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores y quienes responderán por sus actos solidariamente con los promotores.

Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta;

f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población

desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

- i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.
- d) j) Los bienes y servicios no uniformes de común utilización por parte de las entidades públicas, para lo cual la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - podrá celebrar acuerdos marco de precios y demás instrumentos de agregación de demanda. Estos acuerdos marco de precios también serán de obligatorio uso de las entidades del Estado a las que se refiere el parágrafo 5 del artículo 2 de la presente ley, modificado por el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019.” (Congreso de la República, 2007).

3. Concurso de méritos: Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

- “a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.
- j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.
- k) La selección de peritos expertos o asesores técnicos para presentar o contradecir el dictamen pericial en procesos judiciales.
- l) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

m) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

n) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.” (Congreso de la República, 2007).

Otra de las principales leyes en ahondar en estos esfuerzos es la ley 1474 de 2011, la cual tiene por objetivo “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (Congreso de la República, 2011).

Entre otras cosas, esta ley establece de manera clara la obligación de la realización de un contrato de interventoría para la realización de ciertos contratos públicos. Dicha obligación ya se desprendía del numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80, el cual establece:

“Artículo 32. Numeral 2º. Contrato de Consultoría.

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico,

prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.” (Congreso de la República, 2007).

Sin embargo, dicha figura de interventoría no se aplicaría aún de manera general a todos los contratos estatales realizados mediante licitación pública, pues dicho requisito se integraría más adelante. En relación a la responsabilidad de los interventores, la Ley 1882 de 2018, que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, establece que “los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.”. (Congreso de la República, 2018).

2.4. Ley 1474 de 2011

También conocida como el Estatuto Anticorrupción “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.” (2011). También surge de la creciente necesidad por parte del país de frenar la corrupción en la que año tras años se

pierden cantidades alarmantes de recursos públicos. Esta ley implemente modificaciones y nuevas normativas desde el punto de vista no solo contractual, sino además administrativo, disciplinario y hasta penal.

Entre otras modificaciones, se incluye el establecer un régimen de inhabilidades para contratar, con consecuencias sancionatorias. Entre los cambios más destacados se encuentran:

- “a. Se impone mayor responsabilidad a los interventores.
- b. Establecen un régimen de multas, sanciones y declaración de incumplimiento más drástico.
- c. Se fortaleció el principio de planeación en los contratos de concesión.
- d. Se amplió el catálogo de inhabilidades como resultado de imposición de multas o incumplimientos.
- e. Se obliga a que los anticipos se manejen a través de fiducias para que se garantice que efectivamente sean invertidos en la ejecución del contrato.
- f. Se reguló la modalidad de mínima cuantía con el fin de velar por el principio de transparencia y selección objetiva.” (Rodríguez, 2017).

En las sanciones contenidas en materia contractual, se incluye una inhabilidad por tres (3) años para el contratista, en caso de incumplir reiteradamente con la ejecución de un contrato. Otro aspecto relevante es que los interventores del contrato deberán responder de manera solidaria tanto penal y disciplinaria, como civilmente, en el incumplimiento de las obligaciones de la ejecución del contrato, al igual que los consultores y asesores. También, en materia de anticipos de un contrato se establece que solo podrán ser manejados por fiduciarias o patrimonios autónomos (Rodríguez, 2017).

Teniendo en cuenta que uno de los aspectos más relevantes de dicha ley es el fortalecimiento de la figura de la interventoría, es pertinente señalar lo que el manual de Colombia Compra Eficiente nos dice acerca del contrato de interventoría que:

“... es una especie del contrato de consultoría” (Art 32. Ley 80, 1993); por lo que la selección del interventor siempre debe hacerse a través de la modalidad de selección de concurso de méritos salvo que el presupuesto corresponda a la mínima cuantía, caso en el cual esta debe ser la modalidad utilizada.

Es recomendable que el proceso de contratación para seleccionar al interventor se inicie al mismo tiempo con el proceso de contratación que tiene por objeto el contrato que va a ser vigilado, con el fin de que los dos contratos empiecen al mismo tiempo y el seguimiento se realice desde el momento en que empieza el plazo del contrato vigilado, especialmente para contratos como el de obra en el que es necesario contar con la interventoría para poder comenzar.

La Entidad Estatal debe designar un supervisor del contrato de interventoría.” (2017, p. 7).

2.5. Ley 1882 de 2018

Esta es una ley de especial relevancia para la contratación pública, pues adiciona, modifica y dicta disposiciones tendientes a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y otras disposiciones; En particular, modificó los procedimientos de licitación pública para la selección adecuada de contratistas de obra pública. De la misma manera que estableció responsabilidades frente a los interventores, consultores o asesores externos, en consecuencia del incumplimiento de las obligaciones y de los daños o perjuicios causados a las entidades. En el mismo sentido, establece normas por las que se reforman otras leyes y decretos reglamentarios en materia de transparencia y prevención de la

corrupción, adicionando y modificando determinadas disposiciones como la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1682 de 2013, la Ley 1955 de 2019, entre otras.

3. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL

El Sistema General de la Contratación Estatal “Sustenta en la necesidad que tiene el Estado de servirse de particulares para el cumplimiento de los fines del Estado en aquellas áreas o actividades donde es solamente con el concurso de proveedores que puede satisfacer esas necesidades de servicio, obras, consultorías y otras modalidades en donde el sector privado cuenta con los medios, recursos, experiencia y capacidad de atender esos requerimientos de las entidades públicas” (Durán Angarita). De esta manera se entiende que la contratación es indispensable para cumplir con los fines esenciales del Estado, debido a que, el Estado, por sí solo se vería insuficiente para su consecución.

“En primera medida, se busca establecer las reglas y principios que rigen los contratos estatales y por esta vía define quienes son capaces de contratar en nombre del Estado y qué requisitos o características debe reunir quien pretenda ofrecer servicios o bienes al Estado.” (Durán Angarita). La ley 80 de 1993 nace por el menester del Estado por presentar una normativa clara que rigiera la contratación estatal. De esta manera, pretende establecer las condiciones que debe cumplir un contratista para contratar y las fases por las cuales debe atravesar el proceso para que sea libre de vicios formales.

En este apartado se hará un recorrido a través de las etapas de la contratación estatal bajo las cuales se ha establecido un procedimiento diseñado para dotar de transparencia los procesos de contratación estatal con sus contratistas. El proceso para que una entidad estatal

pueda contratar con particulares tiene tres etapas principales: Precontractual, Contractual y Postcontractual.

3.1. Etapa precontractual

La etapa precontractual está subdividida en tres fases: la planeación, la invitación a contratar y la selección del contratista.

Planeación:

La primera etapa del proceso lleva a cabo las investigaciones requeridas por las agencias gubernamentales en el marco del análisis de riesgos legales, comerciales, financieros, organizacionales, técnicos y sectoriales relacionados con el objeto del contrato, como lo son estudios, planos, proyectos, etc. (DUR. 1082/2015, arts. 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.1.1.6.1).

La etapa de planeación que introdujo la Ley 80 de 1993, se ha convertido en la base de la contratación estatal, pues ella "...determina los requisitos y documentos que deben contener los pliegos de condiciones que son el soporte de la etapa de selección; así mismo, representa la mayoría sino la totalidad de cláusulas contractuales que definen la ejecución del contrato respectivo..." (Castro, K. V., Penagos, J. & Rodríguez, M. F. (2016)). Estos autores presentan la importancia de la fase de planeación advirtiendo que los cimientos del proceso deben ser fuertes para que la estructura contractual se mantenga firme.

Invitación a contratar:

La fase de invitación a contratar se ve determinada por la publicación del pliego de condiciones. El pliego de condiciones lo define la Corte Constitucional como "el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la administración para disciplinar el procedimiento de

selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato". (C. Const., Sent.SU-713, ago.23/2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil).” El pliego de condiciones puede ser modificado a través de adendas antes de cumplirse el plazo para ofertar, según lo estima el decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.1.

El pliego de condiciones como máxima directriz del proceso de contratación debe contener unos requisitos mínimos, los cuales son:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causales que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

14. El Cronograma.

(DUR. 1082/2015, art. 2.2.1.1.2.1.3).

Fase de selección del contratista:

La última fase de la etapa precontractual responde a la selección del contratista, el cual es de los momentos más cruciales de toda la contratación ya que se depende de escoger un buen contratista para que ejecute el contrato en el tiempo y la forma estipulada. Dicha etapa surge después del respectivo procedimiento de selección, y dicha adjudicación se realiza mediante audiencia pública, con una resolución debidamente motivada, y por regla general es irrevocable y obliga a la entidad estatal y al adjudicatario. (Ley 80, arts. 31 y 41).

La etapa precontractual de la contratación estatal es un proceso clave para garantizar la transparencia y la objetividad en la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Es importante que se sigan todos los pasos y se cumplan todos los requisitos para garantizar que se contrata al proveedor más adecuado y al mejor precio.

Por otra parte, si en el marco de la licitación pública las propuestas no cumplen las condiciones para ser habilitadas e impiden una selección objetiva, no se presentan ofertas el día del cierre del proceso o ningún oferente manifestó interés en esta, se declarará desierta la convocatoria como lo indica el artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993, en acto administrativo motivado, de acuerdo con el principio de Economía, que reza: “La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”. (Congreso de la República, 1993).

3.2. Etapa Contractual

En la presente etapa se definen y se establecen los acuerdos de voluntades de manera clara y precisa, para que ambas partes tengan certeza del objeto y las obligaciones contractuales dentro de sus términos y sus efectos. Por tanto, se trata de la etapa con mayor importancia, pues es aquí donde las partes ejecutarán el contrato convenido. (CERLALC, 2018)

Perfeccionamiento del contrato:

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (Ley 80, art. 41). Además, se menciona la obligación de la garantía y existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes para poder ejecutar el contrato.

Ya que para la ejecución de varios de los contratos se requiere la firma del Acta de inicio, ésta debe ser elaborada por el supervisor del contrato, conforme con el formato

establecido en el Sistema Integrado de Gestión de la entidad. (Grupo de Gestión Contractual, 2021, p.25),

Ejecución del contrato:

Existen varias etapas que pueden surgir durante la ejecución del contrato, como lo son la etapa de modificación o aclaración, en la cual las partes pueden establecer un ajuste o aclaración de alguno de los términos del contrato, diferentes a la adición, tiempo y objeto; la prórroga que es una solicitud al supervisor y/o interventor para ampliar el término de ejecución del contrato; las adiciones, las cuales deben contar con la correspondiente apropiación presupuestal, atendiendo lo establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 el cual indica que no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, además, el mismo artículo indica que se puede pactar pago anticipado y entrega de anticipos, pero su monto no podrá superar el 50% del valor total del contrato; también es posible que durante el desarrollo del contrato se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, la cuales impiden en forma temporal la normal ejecución del contrato; y por último, también se puede dar una cesión, la cual ocurre cuando el contratista transfiere sus derechos y obligaciones contractuales, la cual debe contar con el visto bueno de la función pública correspondiente. (Grupo de Gestión Contractual, 2021, p.25)

3.3. Etapa Postcontractual

La terminación del contrato ocurre cuando se cumple con la ejecución de las obligaciones pactadas por las partes, dentro del plazo estipulado. Por tanto, se debe llevar a cabo la liquidación total y definitiva del contrato. En esta etapa es donde se realiza un control posterior a la licitación y ejecución del contrato, y por tanto, la responsabilidad que recae en

dicha etapa ha sido de gran importancia en los procesos de contratación estatal, incluso a nivel doctrinario y jurisprudencial.

En la liquidación se debe constar de manera clara las obligaciones pendientes o ya cumplidas, y cuáles son dichas obligaciones, con el fin de finalizar la relación jurídica.

El Código de Procedimiento administrativo, y otras normas complementarias como el Estatuto Anticorrupción, otorgan la potestad a las entidades del Estado de imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal y declarar el incumplimiento del contratista. (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Los contratos que deben ser liquidados son aquellos que sean de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran. (Art. 60, Ley 80 de 1993).

Además, esta es la etapa en la cual las partes acuerdan ajustes, revisiones y reconocimientos a los que haya lugar con el fin de declarar paz y salvo. Por otra parte, para la liquidación se le exige al contratista que, si hubiere lugar, se extienda la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, la calidad del servicio o del bien prestado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato. (Art. 60, Ley 80 de 1993).

Sin embargo, si el contratista no se presenta a la liquidación del contrato, o por algún motivo las partes no se ponen de acuerdo sobre el contenido de la misma, la entidad la practicará de manera unilateral y directa en acto administrativo motivado, el cual será susceptible de recurso de reposición. (Art. 61, Ley 80 de 1993).

3.4. Personas naturales o jurídicas que pueden contratar con el estado.

Siempre y cuando acrediten su carácter formal y los requisitos que se exijan en cada caso de contratación estatal, pueden contratar con el Estado cualesquier persona que conforme a la ley pueda obligarse, sea persona natural o persona jurídica. También se abre la posibilidad de crear consorcios o uniones temporales mediante los cuales dos o más personas se asocian con el fin de hacer posible la ejecución de un determinado contrato.

Uno de los requisitos principales establecidos para una amplia variedad de modalidades de contratación es tener al día el Registro Único de Proponentes (RUP), en el cual reposa información relacionada con la experiencia de la entidad privada o persona natural, su capacidad jurídica, financiera y organizacional (Cámara de Comercio de Bogotá). Esto con el fin de tener una base de datos enormes con los futuros oferentes.

3.5. Organismos de Control. Ministerio Público y Contraloría General de la Nación.

El Sistema General de la Contratación Pública está vigilado por un conjunto de entidades, organismos y personas que velan por el desarrollo legal de los procedimientos que se adelanten en él. Estos entes tienen funciones específicas que pretenden evitar la malversación de los fondos públicos, sin embargo, como se ha venido mencionando, no se han aplicado los instrumentos necesarios para lograr el objetivo, o los que se han aplicado han sido insuficientes para dicha función.

3.5.1. Procuraduría.

La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del Ministerio Público, encuentran su razón de ser en la Constitución Política de 1991 en la cual se establecen sus

funciones, en las cuáles se establecen que deberá “Adelantar las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la Contratación Estatal y promoverá las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.” (Rico Puerta, 2021, p.837).

Asimismo, La Procuraduría delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, tiene la obligación de realizar visitas periódicas a las entidades públicas con el fin de proteger los recursos públicos y estar atentos a posibles faltas a la moralidad, legalidad y honestidad en la Administración Estatal. (Presidencia de la República, 2000).

Luis Alonso Rico Puerta plantea la tesis de que la norma no plantea un término para la realización de esas visitas y se puede pensar como laxitud a la hora de hacerlas efectivas, sin embargo, es realmente un mandato de actividad permanente en virtud del propósito que lo fundamenta. (Rico Puerta, 2021, p.837).

Estas visitas deben ser en gran manera divulgadas para permitir que asociaciones gremiales y comunitarias, puedan realizar manifestaciones en razón de las labores que ejecuta la entidad pública.

Además, las visitas tienen resultados propios como lo son los informes que debe presentar la delegación, de los cuales se pueden desprender investigaciones y acciones tendientes a ejercer su poder disciplinario.

De la misma manera, la Procuraduría en cualquier caso que conozca de acciones u omisiones en cabeza de funcionarios públicos, sea que las advierta a través del ejercicio de sus funciones o por denuncia de un tercero, deberá proceder conforme a derecho; no solo en Contratación estatal, sino en cualquier actividad que tenga que ver con las ramas del poder público. (Rico Puerta, 2021)

Sumado a lo anterior, en el artículo 54 de la Ley 1952 de 2019, se contemplan las faltas disciplinarias gravísimas en materia de Contratación Pública, así:

“1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que este incurra en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

4. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello.

5. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.” (Congreso de la República, 2019).

3.5.2. Contraloría General de la República.

Por otro lado, el ejercicio del control fiscal que se realiza sobre la contratación estatal comienza en el momento en el que se culminan los trámites administrativos de la legalización de los mismos, es decir cuando están perfeccionados y nacen a la vida jurídica. La tarea encomendada a la contraloría no es entonces la de actuar dentro de los procesos internos de la administración pública, sino la de ejercer el control fiscal de los contratos estatales a través de su propia independencia, control que es posterior y selectivo. (Art. 267, Constitución Política de Colombia).

En este sentido, la Constitución Política dispone que:

“Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos (...)

El control fiscal se ejercerá en forma **posterior y selectiva**, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público (...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.” (1991).

La importancia de dicho control radica en los análisis que debe hacer respecto de las contrataciones que se realizan, en aspectos fundamentales como determinar y calificar el grado de economía y eficiencia que tuvo la entidad pública a la hora de realizar la contratación. El cómo se han ejecutado los contratos y cuál fue la calidad de los mismos, así como otros bienes y objeto contractuales. (Corte Constitucional, 1999)

3.6. Garantías y pólizas.

Las entidades estatales a la hora de contratar deben prever los riesgos con los que corren a la hora de ejecutar los contratos, por esta razón es que el Decreto 1082 de 2015 establece en su artículo 2.2.1.1.1.6.3, que *“La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.”*

Por otra parte, conforme al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, en el marco de licitaciones públicas, en los pliegos de condiciones *“deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”* (Congreso de la República, 2007).

De esta forma, es deber de los estamentos administrativos adquirir pólizas y seguros que protejan la inversión realizada en estos contratos en caso de que ocurra algún imprevisto que pueda afectar la ejecución del contrato, esto sumado a las garantías que debe presentar el oferente a la hora de presentarse a la convocatoria.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), mediante documento n.º 3714 de 2011, denominado "Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública", define el riesgo contractual como:

“Todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo [,] y ha tenido una regulación desde cinco ópticas, asociadas con el proceso de gestión que se requiere en cada caso” (2011).

Las ópticas de las que habla Conpes son: riesgos previsibles, riesgos cubiertos por las garantías, riesgos imprevisibles, obligaciones contingentes y riesgos generales por malas prácticas.

CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LA MODERNIZACIÓN DE LA REFINERÍA DE CARTAGENA A LA LUZ DE LAS INVESTIGACIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La malversación de fondos no es un tema nuevo para el mundo y tampoco para Colombia, cada día se revelan nuevos casos en todas las escalas del aparato estatal. Este concepto ha intentado ser definido múltiples veces. Para Joseph Nye (1967) la corrupción es “un comportamiento que se desvía de los deberes formales de un rol público debido a ganancias privadas (personales, de familia cercana, de camarilla, asociaciones para delinquir) de tipo pecuniario o de status; o viola las reglas que existen contra el ejercicio de ciertos tipos de influencia privada”. Vito Tanzi (1998) la define como “el abuso del poder público para beneficio privado”, y otros autores que iremos revisando a lo largo de este estudio analítico permitirán tener herramientas para expresar con precisión la vigencia del SGCE a la hora de ser permeado por el fenómeno de la corrupción.

4. Nacimiento del Proyecto

LA SOCIEDAD se denomina REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.S. es una sociedad comercial organizada bajo la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada, constituida conforme a las leyes de la República de Colombia. La distribución accionaria es la siguiente: Ecopetrol S.A.: 75,96%; Andean Chemicals Ltd.: 24,03%; Ecopetrol Global Energy S.L.U.: 0,000004%; Polipropileno del Caribe S.A.: 0,000004%; Compounding and Masterbatching Industry Limitada: 0,000004%. (Reficar, 2018) De esta manera, Reficar tiene sus aportes en 76% de capital público y 24% de capital privado.

Reficar o la Refinería de Cartagena es una refinería de Petróleo ubicada en la Costa norte de Colombia siendo la segunda más importante del país, solo detrás de la Refinería de Barrancabermeja. Su origen se remonta al año 1957 cuando Exxon -Compañía petrolera estadounidense- la construyó para suplir la demanda de combustibles de la Costa Caribe Colombiana. En 1974 fue adquirida por Ecopetrol. (Reficar, 2022)

El 16 de octubre de 1996, el Ministerio de Minas y Energía, de la mano con el Ministerio de Desarrollo, Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación y Ecopetrol presentaron al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) el documento CONPES 2878 con el fin de poner en consideración la política de apoyo a la petroquímica básica de Colombia.

El proyecto de modernizar la Refinería de Cartagena se originó en 1999, por la necesidad de autoabastecerse de combustibles. La inversión sería de 800 millones de dólares. “La decisión de ampliar y modernizar la Refinería de Cartagena, que tenía una capacidad de carga para 80 mil barriles diarios, se dio en un momento coyuntural, cuando en el mundo se estaban cerrando refinerías de conversión media -como lo era ésta-, que transformaba el 74% de un barril de crudo en productos valiosos.” (Reficar, 2022).

En este documento se realiza un diagnóstico de las posibilidades que tiene el país para avanzar en la producción de hidrocarburos. Los hallazgos de nuevos yacimientos de petróleo y gas en la década de los 90', fueron punto de inflexión para el futuro de la industria en el país. (Conpes, 1996)

De esta manera, los actores en el desarrollo de la investigación establecieron que era una oportunidad sin igual para seguir implementando la nueva política de explotación de combustibles fósiles. Asimismo, busca estimular el crecimiento del sector petroquímico a

partir del establecimiento de condiciones para facilitar la disponibilidad de materias primas. (Conpes, 1996).

En el marco de estos objetivos, se hace alusión especial al papel que tiene ECOPETROL en la industria como facilitador para el desarrollo de proyectos petroquímicos en relación con su precio, transporte y refinación.

A partir de esto, como política propone el Consejo Nacional de Política Económica y Social que Ecopetrol S.A firme contratos de suministro de insumos petroquímicos a largo plazo; Ecopetrol y Ecogas asignen gasoductos y oleoductos para destinación petroquímica y, por último, indican que, en cuanto a la refinación, la Refinería de Cartagena se aduce como el lugar óptimo para el desarrollo de proyectos petroquímicos y a su vez de la producción de combustibles. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 1996)

Así las cosas, en el año 1999, Ecopetrol inicia su Plan Maestro de la Refinería de Cartagena, que incluía una inversión de USD 880 millones (en dólares de 2006), basados en las propuestas del CONPES 2878 de 1996.

En 2004 el Gobierno Nacional anuncia que el proyecto será una prioridad. Sin embargo, el Departamento Nacional de Planeación anuncia que no hay dinero suficiente para cubrir todos los gastos del proceso, así que proceden a buscar un socio comercial que solvente el plan. De esta forma se aprueba el documento CONPES 3312 del año 2004 que reza lo siguiente:

“El Plan Maestro de la Refinería de Cartagena continuará su proceso de ejecución de acuerdo con el cronograma aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol, teniendo en cuenta la configuración definida en la ingeniería básica, con un valor máximo de US\$ 736 millones 6 ± 10 %. El proceso de consecución de una firma para la ingeniería de detalle y la construcción debe ser realizada por medio de un contrato “llave en mano” a fin de eliminar

el riesgo de los posibles sobre costos en la construcción. El propósito de este promotor es lograr la vinculación de un(os) inversionista(s) privado(s), para lo cual podrá escindir, enajenar o arrendar los activos antes indicados a 12 una empresa, la cual puede existir o constituirse a través de cualquier estructura que se considere conveniente para la vinculación de capital privado, que efectivamente minimice el impacto fiscal del proyecto. (Conpes, 2004)”

En este caso el CONPES 3312 en el que se determina que, el Plan Maestro de la Refinería de Cartagena se seguiría desarrollando con el cronograma aprobado por la Junta Directiva de Ecopetrol, teniendo en cuenta la conformación de la ingeniería básica, con un valor máximo de US \$736 millones $\pm 10\%$. Además, se estableció que para el proceso para conseguir una firma que realice la ingeniería a detalle y construcción, se debía realizar a través de un contrato “llave de mano” a fin de eliminar los posibles sobrecostos en la construcción. (Conpes, 2004).

El contrato “Llave en mano” por el cual se llevó a cabo la mega obra es un contrato mediante el cual el contratista asume las actividades de diseñar, construir y poner en funcionamiento el proyecto e, inclusive, puede hacerse cargo de la formación del personal que se encargará de la operación del proyecto y de prestar asistencia técnica durante el funcionamiento de este a cambio de un precio global. Este contrato posee una modalidad llamada costos reembolsables, en la que el contratista realiza el gasto en dinero de lo necesario para la ejecución y posteriormente la entidad contratante hace la devolución del dinero gastado.

Como características de este contrato, la doctrina internacional identifica las siguientes: “A) La fusión, en una sola persona –el contratista– de la concepción y ejecución de la obra. B) La obligación global asumida por el contratista frente al cliente, de entregar

una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento y; C) La invariabilidad del precio pactado”. (Santacruz, C.F. 2009).

Además, este mismo documento establece que la firma seleccionada debía contar con el capital, pero también con la experiencia técnica en la construcción de refinerías de tal forma que en caso de una dificultad se obtuviese garantía del proceso.

Por otra parte, el mismo documento detalla que el inversionista deberá contar con la capacidad monetaria para llevar a cabo el plan, sino también tener experiencia en la construcción de refinerías. Con esto claro se inicia el proceso de licitación para llevar a cabo la modernización de la Refinería de Cartagena.

En 2005 el Gobierno Nacional mediante el CONPES 3336 hace algunas modificaciones al proyecto de Reficar puesto que las empresas ofertantes necesitaban tiempo para evaluar los beneficios o los perjuicios económicos que podría conllevar una inversión de esa magnitud. De esta manera, el nuevo documento permite a los inversionistas interesados puedan presentar propuestas con modificaciones en la estructuración si lo consideran necesario. (Conpes, 2005)

Los problemas principales iniciaron en el momento de la licitación internacional, cuando, por el interés en asociarse con una compañía que aportara más dinero se tomaron decisiones que afectaron al proyecto. De esta forma se selecciona a la multinacional Glencore con su oferta de 630,7 millones de dólares, la cual fue la de mayor. La distribución de los porcentajes se asumió así: 51% Glencore y 49% Ecopetrol. Como lo indica la doctora María Camila García Guerrero, quien documentó el proceso de contratación, (se entiende que hubo irregularidades en la contratación puesto que la multinacional Glencore no contaba con experiencia construyendo refinerías). A esta situación se refiere la doctora María Camila García, analiza lo siguiente: “Como resultado a un proceso, el cual carecía de planeación,

Ecopetrol con el afán de salvar la refinería no dimensionó los contras que conllevaría realizar un proyecto de esta magnitud con una empresa que a simple vista contaba con el capital necesario, pero no con la experiencia en refinería, trayendo consigo problemas en el desarrollo del proyecto, los cuales saldrían a la luz poco tiempo después.” (García, M.C, 2020) Como resultado de una mala planeación la multinacional dos años después solicita una extensión indefinida del plazo, pues le era imposible entregar el proyecto en los plazos estipulados, hasta que en 2009 mediante acuerdo entre las partes, Ecopetrol y Glencore dan por terminada su relación contractual por la imposibilidad del contratista de ejecutar el contrato. (Contraloría General de la República, 2016).

En este momento es donde se comienzan a evidenciar irregularidades, la contraloría evidencia que, el pago que debió realizar Glencore a Ecopetrol era de 1,57 billones de pesos en un solo pago, sin embargo, lo realizó en 3 partes en 18 meses, y con la constante devaluación del peso colombiano, terminó pagando solo 1,27 billones de pesos. (García, M.C, 2020)

Posteriormente asumió el proyecto por medio del contrato llave de mano, en el cual el contratista gasta y el contratante paga sin objeción alguna. En este contrato se llegaron a hacer adiciones del 96,11%, en contra de la ley colombiana que indica que un contrato no puede tener más del 50% en adiciones, de acuerdo al artículo 40 de la Ley 80 de 1993. También se encuentra que se alquilaron vehículos para transportar a los empleados, los cuales nunca se usaron, costos que sin duda asumió Ecopetrol. (García, M.C, 2020).

Con este panorama queda claro que la ley colombiana se quedó en el papel a la hora de realizar este contrato y al final la que paga es la Nación y les cuesta miles de millones de pesos a todos los colombianos.

De esta forma, la Contraloría General de la Nación encuentra que el contrato de Reficar no se desarrolló dentro de las buenas prácticas que se deben adelantar en un proceso de contratación generando un daño fiscal de magnitudes nunca vistas en este país.

5. Etapa Precontractual

En la etapa precontractual deben realizarse estudios técnicos que permitan esclarecer las necesidades técnicas y económicas del mismo. Atendiendo a esta circunstancia y a la prioridad del proceso, se realizaron varios estudios en el tema, entre ellos, se contrató a la firma Shell para realizar el estudio “Refinery Masterplan”, que como resultado proyectó cifras muy alentadoras en el proceso.

Tabla 1.

Resultados Financieros 2004:

DESCRIPCIÓN	VPN (12,28%) Millones de dólares
Refinería con PMD	-117
Beneficios de ECOPETROL por Externalidades del proyecto:	
Beneficio Tributario	100
Beneficio por venta anticipada de gas	20
GRAN TOTAL	3

EXTRAÍDO DE CONPES 3312, 2004 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2004).

De acuerdo con los resultados arrojados en el estudio, incluyendo beneficios tributarios y de gas y sin sensibilidades de los riesgos en la construcción y comercialización, arroja un resultado positivo de \$US 3 millones, lo cual representa la mejor opción frente a no realizar el proceso de modernización y continuar con la operación que se estaba llevando hasta ese momento: US\$ -202 millones; o en caso de cerrar la refinería: entre US\$ -35 millones y US\$ 60 millones. (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2004).

En atención a esta información, se puede evidenciar que la firma Shell no tuvo en cuenta algunos factores que podrían ser determinantes a la hora de realizar un proyecto del tamaño de la Modernización de la Refinería de Cartagena, como lo son los factores climáticos o la constante devaluación del peso colombiano.

Para el desarrollo de este Plan Maestro de la Refinería de Cartagena, en 2005 Ecopetrol inició el proceso de selección por licitación pública ECP-PREC-001-2005, en el cual buscaba un socio estratégico que contara con los recursos necesarios para llevar a cabo un proyecto de esta importancia técnica y económica. (García, M.C, 2020)

Entre los objetivos que se buscaba alcanzar se encontraban: Adoptar las nuevas exigencias en calidad de refinados, modernizar las instalaciones debido a su antigüedad y poca confiabilidad, aumentar la capacidad de refinación de crudo, contribuir a la balanza comercial del país, etc. (Procuraduría General de la Nación, 2021)

En el proceso de selección, teniendo en cuenta las deficiencias en el estudio de la firma Shell y dadas las características de las obras que se debían realizar y al capital que debía inyectarse en el mismo, se le concedió la posibilidad a los postores para que analizaran las condiciones del proyecto y presentaran sus propuestas con cambios si lo consideran necesarios.

En este punto del proceso de contratación ya se evidencia que el Gobierno Nacional y la Junta Directiva de Ecopetrol tenían todas las miras puestas en que el proyecto se diera

ineludiblemente. Para esto utilizaron una definición amplia del pliego de condiciones por cuanto permitieron que los posibles inversionistas lo modificaran para evitar que se declarara desierta la licitación. Así como lo establece la Ley 80 de 1993 los proponentes podrán presentar propuestas realizando modificaciones al pliego de condiciones (adendas), como alternativas, o excepciones técnicas o económicas siempre y cuando estas no impliquen condicionamientos para la adjudicación (Congreso de la República, 1993).

Este postulado de la Ley 80 de 1993 presenta una posibilidad importante para los contratistas por cuanto pueden ajustar su propuesta según su capacidad o su necesidad y si, al criterio de la autoridad competente, es la mejor para el desarrollo del proyecto, se seleccionará para su ejecución. Así mismo, puede ser una causal de malversación de fondos ya que deja una textura muy abierta frente al pliego de condiciones y a las características técnicas o económicas de la planificación como la utilización de materiales de menor calidad para acrecentar la utilidad y pudiendo acudir a intereses personales para la adjudicación.

La licitación internacional surtida por Ecopetrol tuvo como resultado a cuatro postores, entre los cuales se seleccionaría al que mejores características económicas y técnicas pudiera aportar al proceso. Los finalistas fueron Glencore International AG, la BP Corporation North America INC, la japonesa Marubeni Corporation y la brasileña Petróleo Brasileiro S.A Petrobras. Estas cuatro inversionistas fueron invitadas al proceso cerrado para escoger a quien llevaría a cabo el proyecto de la Modernización de la Refinería de Cartagena, proceso adjudicado el 25 de agosto de 2006 a GLENCORE INTERNACIONAL AG por valor de US\$630.7 millones. Así las cosas, Ecopetrol se quedó con el 49% de la sociedad Reficar y Glencore con el 51%, siendo responsables cada uno de la siguiente manera: USD 2400 millones Glencore y USD 1500 millones Ecopetrol, para un total de USD 3900 millones. (Procuraduría General de la Nación, 2021).

6. Etapa contractual y de ejecución del proyecto con Glencore

Para la modernización de la Refinería de Cartagena era necesario una cantidad de aptitudes técnicas y tecnológicas específicas, facultades que Ecopetrol y Glencore no tenían. Estas empresas poseían experiencia en el manejo de las refinerías, pero no en su construcción. De esta manera, Reficar debía realizar una nueva licitación para que un contratista ejecutara las obras.

Por esta parte se ve reflejado que únicamente se buscaba un socio que pusiera dinero y se dejaron de lado las otras condiciones que debe tener un contratista a la hora de adjudicarle una licitación. El proyecto de la Refinería de Cartagena se encontraba vulnerando principios de la contratación estatal que iban a traer consigo problemas de tiempo y de economía en el desarrollo de la obra.

Viendo la necesidad de un contratista que realizara la ejecución del proyecto, se adjudicó una nueva licitación a Chicago Bridge & Iron Company (CB&I) mediante un contrato de “Llave en mano” con modalidad de costos reembolsables, que, como se indicó anteriormente, era la idea pretérita cuando se pensó la obra. De esta manera se inicia el proyecto después de más de diez años de haberse propuesto en el CONPES 2878.

En el año 2009 se comienzan a ver los problemas reales de la mala planeación en la obra, puesto que Glencore indica que el proyecto no se podría realizar en el tiempo estipulado y solicita a la junta directiva que se extienda a tiempo indefinido. Sin embargo, esa misma anualidad, en mayo, Glencore deja el proyecto cediéndole toda su participación a Ecopetrol argumentando “Dificultades insuperables para obtener la financiación requerida para adelantar el proyecto”, además acusa la ocurrencia de un “evento imprevisto, imprevisible e irresistible que afectó la ejecución del proyecto de manera tal que continuar con el mismo o con las obligaciones del contrato, resultaba económica y/o financieramente inviable para la sociedad” (Contraloría General de la República, 2016).

A pesar de que estos argumentos nunca se probaron debidamente, la junta directiva de Ecopetrol permitió el retiro del proyecto ya que no se comprometía a entregarlo en el término provisto -31 de marzo de 2010-. Sumado a lo anterior, no ejecutó los mecanismos para contrarrestar el incumplimiento por parte de Glencore, estos son una garantía de USD 75 millones contenida en la sección 4.01 del contrato, el cual cubría el incumplimiento en el desarrollo del “llave en mano”. (Contraloría General de la República, 2016)

Se puede encontrar, en cada uno de los pasos dados en el desarrollo del megaproyecto, que hay enorme falta a los principios de economía y transparencia en la contratación estatal. Se encuentra entonces, por sí solo, en la ausencia de la exigencia de la garantía por incumplimiento un detrimento patrimonial de gran envergadura por la falta de diligencia de la junta directiva de Ecopetrol. Para tener en cuenta, el contrato no fue objeto de vigilancia priorizada por parte de la Contraloría General de la República sino desde 2012 hasta su terminación en el 2015, es decir, hubo seis años en los cuales se realizar manejos alejados de la buena praxis en la contratación estatal y la autoridad encargada de proteger los recursos de los colombianos no se enteró.

Continuando con el desarrollo del proyecto, ya sin la empresa Glencore, Ecopetrol tomó el control de la refinería en el estado en que se encontraba, como Glencore poseía la mayoría accionaria, dejó orientadas decisiones antes de su retiro, como lo era el contrato con CB&I. Es decir, Ecopetrol debía respetar lo pactado con CB&I así no quisiera por cuanto la administración anterior así lo había destinado. (Procuraduría General de la Nación, 2021). De esta manera, hay cuenta de que Ecopetrol no tenía una ruta clara para la ejecución del proyecto; en lugar de conseguir otro socio para que invirtiera y realizara lo faltante de la megaobra, decide asumir toda la responsabilidad, siendo evidente la vulneración al principio de planeación.

Es la falta de planeación la que permite que una obra tan importante para el desarrollo económico e industrial del país se vea permeada por la poca diligencia que le invirtió la empresa Glencore, la cual aprovecha su posición como propietario mayoritario para tomar decisiones y finalmente dejar la obra a la deriva.

En el marco del proceso de contratación con Glencore se esboza otra dificultad no menor y fue el pago de los aportes. Se estableció en el acuerdo entre las partes que Glencore pagaría sus aportes en tres abonos iguales: El primero al momento de la adjudicación (9 de noviembre de 2006), y los otros dos durante el año siguiente (4 de abril de 2007 y 3 de abril de 2008 respectivamente). El problema frente a estos pagos fue que, pese a establecerse que se realizarían en un lapso determinado no se previeron los riesgos cambiarios de moneda. (Contraloría General de la República, 2016).

Tabla 2.

Valores recibidos de Glencore.

a	Fech	Valor USD	TRM	Valor en Pesos
transacción			(pesos por dólar)	
	9 de noviembre de 2006	2.251.547,3	2265,10	5.099.980.000,00
	4 de abril de 2007	218.814.285,71	2171,47	475.148.656.990,69
	3 de abril de 2008	437.628.546,43	1826,34	799.258.519.486,97
es	Total	658.694.379,53		1.279.507.156.477,66

Fuente: (Contraloría General de la República, 2016).

Según estos datos suministrados por la Contraloría General de la República, entre la TRM del primer aporte y la del tercer aporte, existe una diferencia del 19,37%, es decir, si se hubiese planificado y fijado la TRM del 9 de noviembre de 2006, la obra hubiera tenido un aporte económico del 19,37% más para la ejecución del proyecto. En este escenario, hay un lapso de 17 meses entre la fecha de adjudicación y la fecha del último pago, de esta forma, una transacción que era de USD 1,57 millones, pasó a ser de USD 1,27 millones. (Contraloría General de la República, 2016).

Al continuar con el análisis del vínculo entre Ecopetrol, Glencore y CB&I se entrevé que entre estos existía una relación tripartita; Ecopetrol como contratante, Glencore como contratista y CB&I como ingeniero. Ante la baja de Glencore, se convierte en una relación solamente de dos, en la cual Ecopetrol como propietario total de Reficar sigue fungiendo como contratante y CB&I a parte de encargarse de la ingeniería, también sería el contratista, asumiendo la dirección del proyecto, pues estos sí tenían experiencia en la construcción de Refinerías.

Así es como en el año 2010 se realiza la contratación de un nuevo contrato “llave en mano” en la modalidad de costos reembolsables directamente entre Reficar, la cual ya era 100% de Ecopetrol y CB&I, donde ya tenía 1) Plan de controles del proyecto realizado por CB&I que incluía las fases de ingeniería, cronograma y el cálculo de los costos estaban a cargo del contratista y 2) La contratación de un tercero - Foster Wheeler-, quien actuaba como consultor estratégico para la ejecución del proyecto. (Procuraduría General de la Nación).

El panorama en el año 2010 ya no era el mismo que al inicio del proyecto, para las fechas en las cuales se había previsto entregar la obra completada, se estaba realizando un

nuevo contrato para poder ejecutar la obra. La falta a los principios de planeación y economía se vulneraron de manera indudable por parte de Ecopetrol, quien, como entidad estatal tiene el deber de previsión y protección de los recursos públicos. Los directivos de la corporación dejaron de lado estos principios puesto que tenían en la mira el dinero de Glencore, lo cual tuvo un efecto rebote, ya que terminó haciéndose cargo de todos los gastos del proyecto.

En este contrato se acordó la ejecución del diseño, procura, ingeniería, construcción e instalación de la Modernización de la Refinería de Cartagena; así como *“la obtención de la terminación mecánica de todas las unidades, soportar la puesta al servicio y las mismas, además de la obtención de las garantías del desempeño”* (Contraloría General de la República, 2016).

7. Ejecución del proyecto con CB&I

CB&I realizó estudios de costos y plazos para determinar el dinero y el tiempo que le tomaría culminar el proyecto. Es así como en abril de 2010 CB&I entregó a la junta directiva de Reficar un cronograma en el cual se comprometía a entregar la obra terminada en junio de 2013. En cuanto a los costos estableció que necesitaría un total de USD 3.777 millones. Fundamentado en esto, la junta directiva aprobó el cronograma y el valor. (Procuraduría General de la Nación, 2021).

El valor inicial de este contrato se encontraba ajustado a los estudios presentados por el contratista y por la firma Foster Wheeler a quien se le pidió concepto acerca de los costos de la ejecución del plan. Foster Wheeler indicó que la obra no debía superar los USD 4000 millones, por lo cual el valor presentado por CB&I era adecuado. (Procuraduría General de la Nación, 2021).

En este punto cabe resaltar, que la Junta Directiva de Reficar y Ecopetrol, en aras de subsanar los errores cometidos previamente, contrató la opinión de un tercero reconocido internacionalmente (Foster Wheeler) para que emitiera su opinión sobre la razonabilidad del cálculo de costo.

A pesar de estas previsiones, el proyecto sufrió cinco controles de cambio, que incrementaron el presupuesto de USD 3.777 millones a USD 8.016 millones. Los controles de cambio en contratación estatal son medidas que se establecen para evitar o minimizar los cambios en los términos y condiciones de un contrato con el Estado durante su ejecución. Estos controles se pueden establecer en diversos momentos del proceso de contratación, desde la etapa precontractual hasta la etapa de ejecución del contrato, y tienen como objetivo proteger los intereses del Estado y garantizar la transparencia y la objetividad del proceso.

Uno de los controles de cambio más comunes es el de la modificación del contrato, que se refiere a los cambios en los términos y condiciones del contrato durante su ejecución. Estos cambios pueden ser necesarios por diversas razones, como cambios en las condiciones del mercado o en las necesidades del Estado.

Otro control de cambio común es el de la prórroga del contrato, que se refiere al aumento del plazo de ejecución del contrato. La prórroga del contrato solo se puede conceder en casos justificados y debe seguir un proceso específico para evitar cualquier sospecha de favoritismo o falta de transparencia.

En los controles de cambio efectuados en el marco de la ejecución del contrato con CB&I, la Junta Directiva de Ecopetrol y Reficar los realizó para modificar el valor del contrato y prorrogar el plazo de este. Así:

Tabla 3

Controles de cambio entre 2011 y 2015.

Número	Fecha	Suma adicionada y cronograma modificado	Justificación
Control de cambio 1	24 de mayo de 2011	USD 216,5 millones.	-Cambio en la ingeniería básica del proyecto con el fin de optimizar el propileno.
Control de cambio 2	07 de mayo de 2012	USD 1.154 millones.	<p>-Impacto de las lluvias de los años 2010 y 2011.</p> <p>-Eventos de inestabilidad laboral: 362.778 horas-hombre perdidas.</p> <p>-Falta de disponibilidad de mano de obra especializada local.</p> <p>-Costo de mano de obra superior al estimado.</p> <p>-Productividad inferior a la estimada.</p>
Control de cambio 3	15 de mayo de 2013	USD 1.753,85 millones.	-Incremento de horas-hombre directas e indirectas.

		<p>Se modifica el cronograma: Puesta en marcha de la Refinería finales de 2014.</p>	<p>-Incremento de número de equipo y materia prima.</p> <p>-Incremento en costo de mano de obra y materia prima.</p> <p>-Ajustes del plan de construcción y puesta en marcha.</p> <p>-Cambios de alcance e incentivo a los trabajadores.</p>
Control de cambio 4	14 de enero de 2015	USD 751,32 millones.	<p>-Anormalidad laboral. Cese de trabajadores durante julio y septiembre de 2013.</p> <p>-Otras desviaciones: Producto de la materialización de riesgos del control número 3.</p>
Control de cambio 5	12 de agosto de 2015	USD 363 millones	-Retrasos en la fecha de terminación de construcción de

			subsistemas de unidades mayores por CB&I. -Retrabajos de construcción. -Tiempo adicional para el comisionamiento de compresores críticos.
--	--	--	---

- Extraído de Procuraduría General de la Nación (2021, página 21)

En relación con los controles de cambio efectuados en el marco de la ejecución del proyecto, se encuentra que fue adicionado más del 100% del presupuesto inicial por diversas situaciones que se explican en las actas de la Junta Directiva. Sin embargo, a pesar de que se intente justificar las razones por las cuales era necesaria esa inyección de capital a la obra, hay cuenta de una falta de organización y múltiples problemas entre contratante y contratista; y entre lo previsto y finalmente lo acaecido.

En cada uno de los controles de cambio se llevó a cabo una justificación de seguir un proceso transparente en el desarrollo del proyecto. La Junta Directiva de Ecopetrol y la Junta Directiva de Reficar en las diferentes sesiones donde se aprobaron los Controles de Cambio, presentaron sus inconformidades con la manera en la que el Contratista estaba ejecutando el plan. Asimismo, las mismas actas dan cuenta de que en diferentes escenarios se discutió acerca de lo alejado de la realidad que era el cronograma propuesto por CB&I.

A pesar de todas las advertencias de los miembros de las juntas, finalmente, se siguió adelante con cada uno de los Controles de cambio. De acuerdo con estas preocupaciones de las distintas juntas, se comisionó al consultor independiente Foster Wheeler & Jacobs para

que presentase un informe acerca de la ejecución del proyecto y el dinero necesario para culminar el mismo.

En la sesión que aprobó el control número 4, expresó lo siguiente:

“i) Las fechas de terminación que al inicio del proyecto presentó REFICAR eran razonables. ii) El estimado de costos de Jacobs es de US \$7,584 millones más US \$110 millones de contingencia, para un total de US \$7,694 millones. iii) El estimado de costos se ve respaldado por la tendencia de los gastos. iv) El Proyecto todavía presentaba unos riesgos relacionados con la finalización de la construcción y la duración de PCS, por lo que se recomienda que se desarrolle un presupuesto de contingencia considerando que todavía existen riesgos de desviaciones. v) El estimado de costos y cronograma de REFICAR eran razonables y se encontraron respaldados por las tendencias "actuales" del mismo Proyecto. Para ese momento, el avance general del Proyecto con corte al 29 de noviembre de 2014 era del 98% para el EPC y la construcción de 93.8%.” (Procuraduría General de la Nación, 2021).

Teniendo en cuenta lo anterior, el proyecto de la Modernización de la Refinería de Cartagena siguió adelante, a pesar de los sobrecostos y demoras. Así las cosas, una vez concluida la ejecución por parte del contratista, surge la conclusión de que el estimado de costos y cronograma era desacertado. El costo final fue más del doble, la fecha de terminación de obras y puesta en marcha sucedió más de dos años después, las horas calculadas fueron ampliamente superadas, y existieron dilaciones, ante todo, frente a la ingeniería a detalle y la construcción.

8. Análisis de las indemnidades

El contrato entre Reficar y CB&I tiene un clausulado extenso referente a las indemnidades para las partes. Este clausulado es principalmente proteccionista para el contratante, sin embargo, este no se vio honrado en la ejecución.

Algunas de las disposiciones del contrato son:

“El contratista deberá corregir cualquier incumplimiento y defenderá, protegerá, indemnizará y mantendrá indemne a cualquier miembro del Grupo Propietario, respecto de cualesquiera reclamaciones, multas y sanciones, por cuenta y en la medida de tales incumplimientos.” (Contraloría General de la República, 2016)

Esta cláusula fue claramente irrespetada en el marco de la ejecución del contrato y posteriormente en la etapa Poscontractual, por cuanto Reficar tuvo que entrar a sanear e inyectar más capital para poder terminar el proyecto. Cabe resaltar que es responsabilidad, en este caso, de las Juntas Directivas de Reficar y Ecopetrol hacer valer las estipulaciones contractuales en aras de proteger el erario.

Asimismo, la cláusula siguiente se refiere al mismo escenario con respecto a las siguientes situaciones:

1. “Cualquier pérdida de o daño a cualquier propiedad, mueble o inmueble, de cualquier miembro del grupo contratista.
2. Enfermedad de cualquier miembro del grupo contratista o de un tercero.
3. Daño ambiental.
4. Propiedad intelectual.
5. Reclamación de tipo laboral.”

- (Contraloría General de la República, 2016)

Con relación a esta cláusula, en el control de cambios 4, se encuentra que fue justificado a partir de reclamaciones de tipo laboral, por cuanto hubo cese de trabajadores entre los meses de julio y septiembre de 2013. Así las cosas, el llamado a asumir los costos en tiempo y dinero a causa de esta anormalidad laboral, era CB&I, sin embargo, fue Reficar quien terminó respondiendo.

También en la cláusula 15.6 se indica: “Cada una de las partes tomará las medidas para evitar, minimizar y/o mitigar cualquier pérdida o daño que haya ocurrido o pueda ocurrir y cada una de las partes colaborará plenamente con la otra para suministrar a la mayor brevedad cualquier información relacionada con una reclamación.” (Contraloría General de la República, 2016).

Se puede ver entonces que esta cláusula solo fue seguida por el contratante y no por el contratista, por cuanto fue éste y no aquel, quien se preocupó por el cumplimiento, por asumir costos y solicitar informes para que la ejecución llegara a término.

9. Conclusiones de la Contraloría General de la República en cuanto a la ejecución del proyecto

En atención a todo lo documentado anteriormente, la Contraloría General de la República, en su informe del año 2016 presentó algunas conclusiones respecto al contrato celebrado con CB&I para la Modernización de la Refinería de Cartagena, teniendo en cuenta lo siguiente:

En el contrato de construcción y remodelación de la refinería de Cartagena se acordó inicialmente que se realizaría en dos fases, una fase inicial, la fase FEED (Front and Engineering Design Work), que era a costos reembolsables, y otra fase donde se detallaba ingeniería, compra y construcción, bajo un modelo lump sum turnkey price - precio de suma global llave en mano-, sin embargo, según Reficar, la Fase 2 nunca se concretó ya que CB&I insistió en continuar con la modalidad de costos reembolsables por considerar que sería más eficiente y representaría ahorros de costos que de otro modo serían mayor el precio Global. (Contraloría General de la República, 2016)

La ejecución del proyecto no se dio conforme a lo acordado al inicio, en virtud de que, según Reficar, el contratista argumentó que la modalidad Lump Sum Turkey Price

resultaría USD 900 millones más costoso que bajo costos reembolsables, representando así un ahorro para el contratante. (Contraloría General de la República, 2016)

No obstante, la misma Contraloría General de la República, según manifestaciones de Reficar, analizó que el haber cambiado las condiciones del contrato en el marco de la ejecución, llevó a que se presentaran anomalías que culminaron en costos y demoras en la puesta en marcha, así:

“Efectivamente, con base en cifras no fidedignas se recomendó continuar con el contrato a costos reembolsables, y cuando ya era un hecho que estas cifras no generaban ningún grado de certeza fue muy tarde para cambiar la modalidad del contrato o el contratista, lo que le otorgó ventajas sustanciales a CB&I en la ejecución del proyecto, derivando en incumplimientos de términos, constructivos y de calidad, seguidos de los costos adicionales que generó el proyecto.” (Contraloría General de la República, 2016)

De lo esgrimido se puede concluir entonces que mantener el modelo de contrato en el marco de la ejecución del proyecto benefició únicamente al contratista, toda vez que no se estableció un marco regulatorio transparente, que definiera de manera precisa qué costos se reembolsarían y cuáles no, posición que culminó en que todos los costos los asumiera el contratante sin que este pudiera controlar si los mismos fueran legítimos o razonables. Como lo explica autoridad fiscalizadora, Reficar no justipreció el tamaño del riesgo que acarrea la modalidad de costos reembolsables; es claro que, para él, en su calidad de dueño, era inseguro al no saber el costo final del proyecto; mientras que para el contratista era seguro, pues sabía que sin importar cuánto gastara, le sería reembolsado. (Contraloría General de la República).

De esta manera, se llevó a cabo uno de los mayores proyectos de la historia de Colombia, en medio de múltiples inconsistencias por la falta de planeación, transparencia,

conceptualización y constante improvisación a la hora de tomar determinaciones para el desarrollo de este.

Según la Contraloría General de la Nación en su fallo de responsabilidad fiscal sobre el caso en cuestión, asegura que los costos que no le agregaron valor al proyecto fueron de 2,9 billones de pesos. “Presupuestada inicialmente en 3.777 millones de dólares, la modernización de la refinería llegó a costar 8.326 millones en 2015, y la obra no pudo funcionar plenamente sino hasta 2017.” (CGR, 2021)

Capítulo II. COMPARATIVA DEL DISEÑO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO LA CUAL SE RIGIÓ LA CONTRATACIÓN DEL CASO REFINAR Y LA NORMATIVA ACTUAL, A LA LUZ DE LA EJECUCIÓN DEL MACROPROYECTO.

10. Ley 80 de 1991 En la contratación de la modernización de la refinería de Cartagena

10.1. El principio de Transparencia.

A la luz del principio de transparencia la Contratación y la ejecución del Contrato de Modernización de la Refinería de Cartagena presentó falencias en el proceso de licitación por cuanto, como lo indica la Ley 80 de 1991, los proyectos deben adjudicarse al proponente que presente una mejor oferta y de acuerdo a las aptitudes que éstos presenten frente a lo necesario para el diseño, de acuerdo al pliego de condiciones, el cual se realizará en base a estudios previos.

Teniendo en cuenta el diseño de la ley, Reficar y Ecopetrol vulneraron el principio de transparencia ya que permitieron una interpretación amplia del pliego de condiciones propuesto en la licitación ya que los estudios previos realizados tuvieron falencias a la hora de evaluar la viabilidad, los costos y la rentabilidad del proyecto. De esta manera, se permitió que cada uno de los proponentes evaluara como quisiese y presentara las propuestas según lo que consideraran pertinente, fuera o no beneficioso para los intereses del contratante.

En concordancia, se vulneró el numeral 5C del artículo 24 de la Ley 80 de 1991 por cuanto establece que deben definirse las condiciones del valor y calidad de los bienes, obras y trabajos necesarios para la ejecución del contrato; siendo que, el no expresar con claridad estas circunstancias permite una desviación de intereses, debido a que los contratistas no persiguen los mismos objetivos que el contratante.

Continuando con el principio de transparencia, se encuentra también que a la hora de seleccionar un proponente para la ejecución del proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena, se tuvo en cuenta únicamente el capital que se podía invertir al designio y no las capacidades técnicas para ejecutarlo.

La firma Glencore, quien inicialmente ejecutó el plan no contaba con las facultades necesarias para lo encomendado, debido a que contaba con experiencia en la administración de Refinerías de Petróleo pero no en su construcción, sin embargo, al ser la propuesta que más dinero presentaba al proyecto, fue seleccionada. A partir de esta decisión, acaecieron constantes problemas en el trasegar del cumplimiento del contrato, incluyendo la relación tripartita entre contratante (Ecopetrol/Reficar), contratista (Glencore) e ingeniero (CB&I); tal como se explicó previamente. Como resultado a un proceso el cual carecía de planeación “Ecopetrol con el afán de salvar la refinería no dimensionó los contras que conllevaría

realizar un proyecto de esta magnitud con una empresa que a simple vista contaba con el capital necesario, pero no con la experiencia en refinería.” (García, M.C, 2020).

Además, a partir del año 2011 se efectuaron Controles de Cambio que permitieron un aumento de más del 100% al presupuesto original y de cerca de dos años a la puesta en marcha de la Refinería. Estos Controles de Cambio fueron aprobados por las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol respectivamente, los cuales deben estar debidamente motivados a la hora de aprobarlos, para permanecer en concordancia con el principio de transparencia de la Contratación Pública.

La Procuraduría General de la Nación realizó un estudio de las actas que aprobaron los cinco controles de cambio que se llevaron a cabo en el transcurso del proyecto, y entre otras cosas pudo encontrar que:

1. Se encontró que en REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR tomaron decisiones, sin que antes hubiera conocido el Comité de Negocios y la Junta Directiva de Ecopetrol S.A.
2. La Junta Directiva de Ecopetrol presentó observaciones a las modificaciones de presupuesto realizadas en el marco del megaproyecto Reficar, sin embargo, finalmente fueron aprobados atendiendo a la necesidad e importancia de este. Asimismo, solicitaron incorporar penalidades mayores al incumplimiento e incentivos si se mejoraban los términos acordados.
3. La Junta Directiva de Ecopetrol partió del principio de buena fe y confianza en la capacidad de CB&I para administrar el Plan Reficar dada su experiencia. Confianza entendible a la luz de los conocimientos específicos en el tema, características que no pueden aplicarse a los miembros de la Junta, los cuales, al revisar su hoja de vida, se observa que no son expertos en técnicas necesarias para la construcción del presupuesto

de inversión de una refinería de petróleo; de manera que se allanaron a lo propuesto por el contratista. (Procuraduría General de la Nación, 2020)

4. De estos hallazgos del ente disciplinador de la Nación, se puede llegar a la conclusión que las justificaciones presentadas por el contratista a la hora de solicitar los Controles de Cambio podían estar mejor o peor justificadas, sin embargo, la Junta Directiva de Ecopetrol no estaba en condiciones técnicas de contrariarlas por su falta de conocimientos en el campo de los hidrocarburos.

El proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena presentó falencias en el proceso de licitación por cuanto, como lo indica la Ley 80 de 1991, los proyectos deben adjudicarse al proponente que presente una mejor oferta y de acuerdo a las aptitudes que éstos presenten frente a lo necesario para el diseño, de acuerdo al pliego de condiciones, el cual se realizará en base a estudios previos.

10.2. Principio de Economía.

El principio de Economía en el marco de la contratación y ejecución del proyecto de modernización de la refinería de Cartagena no fue la excepción a los malos manejo de las autoridades encargadas de la dirección del proyecto. Dentro de este mismo principio se encuentran los requisitos de planeación a la hora de iniciar una licitación, de los cuales ya se ha hablado previamente.

La Ley 80 de 1993 establece que los trámites deben adelantarse con austeridad en referencia al tiempo, los medios y los costos; impidiendo dilaciones y retardos en la ejecución del contrato. A pesar de esto, como se ilustró en la Tabla II, entre el contratante y Glencore no se estableció una TRM bajo la cual se realizaría el cambio a la hora de aportar al proyecto, por consiguiente, fue inferior el valor convenido que el recibido finalmente.

Además, a la hora de iniciar el proyecto, debido a la falta de recursos, el proyecto debía ser financiado por un socio estratégico, en este caso Glencore, no obstante, ante la baja de la multinacional suiza, todo el costo del proyecto fue asumido por la empresa colombiana, afectando así la economía de la sociedad y el presupuesto Nacional.

De la misma manera, como se indicó al analizar las cláusulas de las indemnidades del contrato con CB&I, la Ecopetrol y Reficar asumieron costos que debían ser asumidos por el contratista, en virtud a lo estipulado previamente. Atendiendo también a las conclusiones de la Procuraduría General de la Nación, las Junta Directiva de Ecopetrol y Reficar permitieron que del presupuesto Nacional se adjudicaran valores que bajo ningún motivo eran responsabilidad de estas sino de CB&I.

Además, en virtud de la solicitud y posterior aprobación de la ejecución total del proyecto en modalidad de costos reembolsables, encontrándose así en un tipo de contratación que no presentaba certeza en cuanto al dinero necesario y el finalmente inyectado al designio.

Esto, y el hecho de que se realizaron controles de cambio, con modificaciones al contrato, iría en contra de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 80, el cual dispone que:

“Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.

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

Parágrafo. Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” (1993).

Lo anterior, toda vez que, en dichos controles de cambio realizados, se hicieron adiciones al valor inicial del contrato por más del 100% del valor inicial, siendo así un claro incumplimiento de los requisitos legales de un proceso de contratación, y estando a su vez encasillado en uno de los requisitos para ser una conducta tipificada en el artículo 410 del Código Penal citado anteriormente.

10.3. Principio de Eficiencia.

El principio de Eficiencia en el marco de la contratación y ejecución del proyecto de modernización de la refinería de Cartagena no fue la excepción a los malos manejo de las autoridades encargadas de la dirección del proyecto. Dentro de este mismo principio se encuentran los requisitos de planeación a la hora de iniciar una licitación, de los cuales ya se ha hablado previamente.

10.5.1 Estudios previos incompletos:

Teniendo en cuenta el diseño de la ley, desde la creación del pliego de condiciones existió falta a la norma, esto debido a que los estudios previos realizados no contaban con múltiples variables que después fueron ocasión de retrasos y sobrecostos; como lo son el clima debido a que el proyecto se llevaría a cabo en cielo abierto y el cambio de divisas entre el dólar y el peso colombiano. De esta manera, al realizar estudios defectuosos, el objetivo no se alcanzaría de manera ideal. Así como escribe Gómez y Gallón: “Producto de la negligencia y la debilidad de los sistemas de planeación y control, se reduce la calidad de los bienes y servicios prestado por las entidades públicas.” (Gomez & Gallón, 2000).

La situación presentada puede deberse a una debilidad estructural en Ecopetrol y en general, en las entidades estatales, que ante la necesidad de llevar adelante los procesos a como de lugar cometen errores fatales. La debilidad estructural de las organizaciones facilita la intervención de personas sin escrúpulos como consultores externos que asesoran en los

procesos estructurales, al mismo tiempo que crean condiciones favorables para la organización de propuestas de empresas y corporaciones. (Serrano, 2014)

10.5.2 Falta de planeación a la hora de recibir los pagos de Glencore:

La Ley 80 de 1993 establece que los trámites deben adelantarse con austeridad en referencia al tiempo, los medios y el gasto; impidiendo dilaciones y retardos en la ejecución del contrato. A pesar de esto, como se ilustró en la Tabla II, entre el contratante y Glencore no se estableció una TRM bajo la cual se realizaría el cambio a la hora de aportar al proyecto, por consiguiente, fue inferior el valor convenido que el recibido finalmente.

10.5.3 Falta de Planificación de Ecopetrol a la hora de asumir el 100% de la empresa:

A la hora de iniciar el proyecto, debido a la falta de recursos, el proyecto debía ser financiado por un socio estratégico, en este caso Glencore, no obstante, ante la baja de la multinacional suiza, todo el costo del proyecto fue asumido por la empresa colombiana, afectando así la economía de la sociedad y el presupuesto Nacional.

Aunado a lo anterior, es necesario resaltar que el socio estratégico para la ejecución del proyecto, se buscó debido a que Ecopetrol no tenía capital para financiarlo completamente. Sin embargo, cuando Glencore se retira del proyecto, decide asumir completamente la obra en lugar de buscar un nuevo socio. Representa entonces esta situación una falta de dirección puesto que el rumbo que se tomó en el año 2006 fue distinto al decidido cuatro años más tarde.

10.5.4 Falta de ejecución de garantías e indemnizaciones:

De la misma manera, como se indicó al analizar las cláusulas de las indemnidades del contrato con CB&I, Ecopetrol y Reficar asumieron costos que debían ser asumidos por el contratista, en virtud a lo estipulado previamente. Atendiendo también a las conclusiones de la Procuraduría General de la Nación, las Junta Directiva de Ecopetrol y Reficar permitieron que del presupuesto Nacional se adjudicaran valores que bajo ningún motivo eran responsabilidad de estas sino de CB&I.

Referente a lo anterior, En el año 2013, la Unión Sindical Obrera (USO), organizó un paro con cese de actividades laborales en REFICAR. Con un costo total de USD565 millones, específicamente, por el detenimiento de las obras se sumó un valor de USD27,9 millones; por las reclamaciones de los subcontratistas fueron USD10,2 millones y por la extensión de tiempo por no laborar por 24 semanas, un costo de USD36 millones. (Escalante, P, Hernández, B.A. & Rueda, J.L, 2016). Costos totales que fueron asumidos por Reficar y Ecopetrol y no por el contratista quien era el llamado a hacerse cargo.

Además, en virtud de la solicitud y posterior aprobación de la ejecución total del proyecto en modalidad de costos reembolsables, se encontró el plan en un tipo de contratación que no presentaba certeza en cuanto al dinero necesario y el finalmente inyectado al diseño.

Así las cosas, era necesario que la Junta Directiva de Ecopetrol y Reficar entendieran a la perfección cuál era el contenido del contrato y qué cláusulas los cobijaban, ya que son los llamados a proteger el patrimonio de las entidades a su cargo; dejando claro que una vez iniciada la ejecución aparecen nuevas oportunidades para cometer actos ilícitos que aumentan los costos de inversión y reducen la eficiencia.

10.4. Principio de Responsabilidad

Dicho principio se desarrolla en la Ley 80, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo 26. Del principio de responsabilidad:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.” (1993).

Teniendo en cuenta las investigaciones de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, los primeros, en el año 2020 decidieron archivar las investigaciones frente a los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol ya que concluyeron que dichos funcionarios actuaron conforme a sus capacidades y en concordancia a derecho. Por otra parte, el ente fiscalizador a título de culpa grave, sancionó a 2 presidentes y 3 vicepresidentes de Reficar, 7 miembros de su Junta Directiva (incluyendo el presidente de Ecopetrol para la época de los hechos) y 4 multinacionales contratistas del proyecto. (Contraloría General de la República, 2021).

Es de recalcar que el principio de Responsabilidad se predica sobre las entidades estatales y los servidores públicos, según los artículos 50 y 51 de la Ley 80, y de los contratistas, interventores, asesores externos y consultores, de acuerdo a los artículos 52 y 53 del mismo articulado.

“Artículo 50. De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas.

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

En cuanto a la responsabilidad de los particulares involucrados en el contrato, la Ley 80 de 1993 hace responsable a todas las personas que de una u otra manera participen en la actividad contractual, como consultores, interventores o asesores:

“Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades”. (1993)

Además, por su parte, la Ley 678 de 2001 en el artículo 1° ordena la repetición contra los particulares que desempeñen funciones públicas, ejemplo: como contra funcionarios y exfuncionarios. Y especialmente dispone en el párrafo 1 del artículo 2:

“Para efectos de repetición, el contratista, interventor, el consultor, y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren entidades públicas” (2001).

Teniendo en cuenta las investigaciones de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, los primeros, en el año 2020 decidieron archivar las investigaciones frente a los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol ya que concluyeron que dichos funcionarios actuaron conforme a sus capacidades y en concordancia a derecho. Por otra parte, el ente fiscalizador encontró casos de ineficiente gestión fiscal por doquier en su actuación la Actuación Especial. Sobrecostos millonarios, adquisición de materiales y equipos que no se utilizaron y ajustes injustificados en varios subcontratos, son algunas de las situaciones encontradas y por los cuales encontró responsables fiscalmente, a título de culpa grave, 2 presidentes y 3 vicepresidentes de Reficar, 7 miembros de su Junta Directiva (incluyendo el presidente de Ecopetrol para la época de los hechos) y 4 multinacionales

contratistas del proyecto por valor de USD 2.400 millones. (Contraloría General de la República, 2021).

Sin embargo, estas sanciones impuestas por la Contraloría General de la República llegaron con mucha posterioridad a la ocurrencia de los hechos. La autoridad debió realizar seguimientos cercanos a la ejecución del proyecto más grande de la historia del país, empero, realizaron investigaciones cuando ya no había posibilidad de proteger el patrimonio inmediatamente, sino cuando el daño ya estaba hecho. Como lo concluye la doctora García Guerrero, propone que “i). Todo contrato celebrado en una entidad estatal debe llevar una supervisión periódica que soporte los avances y el desarrollo del mismo, logrando así un eficiente control en su ejecución, ii). Se debe socializar a todo el personal involucrado en el desarrollo de un proceso contractual, que conozcan las normas, leyes tanto de la institución como las que están plasmadas en la contratación estatal, y una participación activa presentando los soportes contractuales, desde el inicio hasta el final del proceso. “(García, M.C., 2020).

De esta forma, se ve reflejado también que la falta de vigilancia en el marco del contrato de Modernización de la Refinería de Cartagena elevó las posibilidades de existencia de malos manejos. Esto sumado a que los castigos o sanciones débiles o inexistentes, pueden ser los mejores incentivos a la hora de actuar de manera inescrupulosa, siendo un estímulo a la corrupción. (Gómez y Gallón, 2000).

10.5. Interpretación amplia del pliego de condiciones.

Debido a que el proyecto inició con defectos, a posteriori Reficar y Ecopetrol vulneraron el principio de transparencia ya que permitieron una interpretación amplia del pliego de condiciones propuesto en la licitación pues los estudios previos realizados tuvieron falencias a la hora de evaluar la viabilidad, los costos y la rentabilidad del proyecto. De esta manera, se permitió que cada uno de los proponentes evaluara la obra y presentara las

propuestas según lo que consideraran pertinente, fuera o no beneficioso para los intereses del contratante.

En concordancia, se vulneró el numeral 5c del artículo 24 de la Ley 80 de 1991 por cuanto establece que deben definirse las condiciones del valor y calidad de los bienes, obras y trabajos necesarios para la ejecución del contrato; siendo que, el no expresar con claridad estas circunstancias permite una desviación de intereses, debido a que los contratistas no persiguen los mismos objetivos que el contratante.

10.6. Adjudicación del proyecto a Glencore.

Continuando con el principio de transparencia, se encuentra también que a la hora de seleccionar un proponente para la ejecución del proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena, se tuvo en cuenta únicamente el capital que se podía invertir al diseño y no las capacidades técnicas para ejecutarlo.

La firma Glencore, quien inicialmente ejecutó el plan no contaba con las facultades necesarias para lo encomendado, debido a que contaba con experiencia en la administración de Refinerías de Petróleo, pero no en su construcción, sin embargo, al ser la propuesta que más dinero presentaba al proyecto, fue seleccionada, siendo viable un posible direccionamiento del contrato a favor de la multinacional suiza.

A partir de esta decisión, acaecieron constantes problemas en el trasegar del cumplimiento del contrato, incluyendo la relación tripartita entre contratante (Ecopetrol/Reficar), contratista (Glencore) e ingeniero (CB&I); tal como se explicó previamente. Como resultado a un proceso el cual carecía de planeación “Ecopetrol con el afán de salvar la refinería no dimensionó los contras que conllevaría realizar un proyecto de esta magnitud con una empresa que a simple vista contaba con el capital necesario, pero no con la experiencia en refinería.” (García, M.C, 2020).

Siguiendo con el razonamiento efectuado por las autoridades de Ecopetrol a la hora de adjudicar la obra, se presenta una posibilidad que no fue utilizada por éstas en el año 2006. Si Ecopetrol buscaba simplemente un inversionista que inyectara capital al proyecto, podría abrir la propuesta a cualquier persona que tuviera esa misma visión, mientras que por otra parte realiza una nueva licitación de OO.PP. para la construcción. Así las cosas, podría escoger en primera instancia a quien tuviera mayor capital y por segunda instancia un proponente con las aptitudes técnicas y tecnológicas para poner en marcha el plan.

Aunado lo anterior, se evidencia que ante la decisión de que el megaproyecto se diera de manera ineludible, las autoridades tomaron decisiones alejadas de lo que dicta la Ley 80 de 1993 a través del principio de transparencia.

10.7. Controles de cambio.

Además, a partir del año 2011, en el transcurso de la ejecución del segundo contrato, ya con la firma CB&I, se efectuaron Controles de Cambio que permitieron un aumento de más del 100% al presupuesto original y de cerca de dos años a la puesta en marcha de la Refinería. Estos Controles de Cambio fueron aprobados por las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol respectivamente, los cuales deben estar debidamente motivados a la hora de aprobarlos, para permanecer en concordancia con el principio de transparencia de la Contratación Pública.

La Procuraduría General de la Nación realizó un estudio de las actas que aprobaron los cinco controles de cambio que se llevaron a cabo en el transcurso del proyecto, y entre otras cosas pudo encontrar que:

A. Se encontró que en REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR tomaron decisiones, sin que antes hubiera conocido el Comité de Negocios y la Junta Directiva de Ecopetrol S.A.

B. La Junta Directiva de Ecopetrol presentó observaciones a las modificaciones de presupuesto realizadas en el marco del megaproyecto Reficar, sin embargo, finalmente fueron aprobados atendiendo a la necesidad e importancia de este. Asimismo, solicitaron incorporar penalidades mayores al incumplimiento e incentivos si se mejoraban los términos acordados.

C. La Junta Directiva de Ecopetrol partió del principio de buena fe y confianza en la capacidad de CB&I para administrar el Plan Reficar dada su experiencia. Confianza entendible a la luz de los conocimientos específicos en el tema, características que no pueden aplicarse a los miembros de la Junta, los cuales, al revisar su hoja de vida, se observa que no son expertos en técnicas necesarias para la construcción del presupuesto de inversión de una refinería de petróleo; de manera que se allanaron a lo propuesto por el contratista. (Procuraduría General de la Nación, 2020)

De estos hallazgos del ente disciplinador de la Nación, se puede llegar a la conclusión que las justificaciones presentadas por el contratista a la hora de solicitar los Controles de Cambio podían estar mejor o peor justificadas, sin embargo, la Junta Directiva de Ecopetrol no estaba en condiciones técnicas de contrariarlas por su falta de conocimientos en el campo de los hidrocarburos. De esta manera se puede concluir que las personas encargadas de direccionar el megaproyecto no estaban capacitadas para tal funcionamiento, existiendo así vulneración de los fines de las entidades públicas.

Por otro lado, se argumenta que nuevamente se viola la ley en los métodos obligaciones del contrato y que todos los esfuerzos de la legislatura para combatir el flagelo de la corrupción en Colombia son inútiles. Según la ley 80 de 1993, en su artículo 40: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.”. Este es un aspecto que debe ser considerado y controlado desde el principio. Empero, en los controles de cambio efectuados en el marco del contrato para la Modernización de la Refinería de Cartagena, celebrado mediante licitación pública se pudo

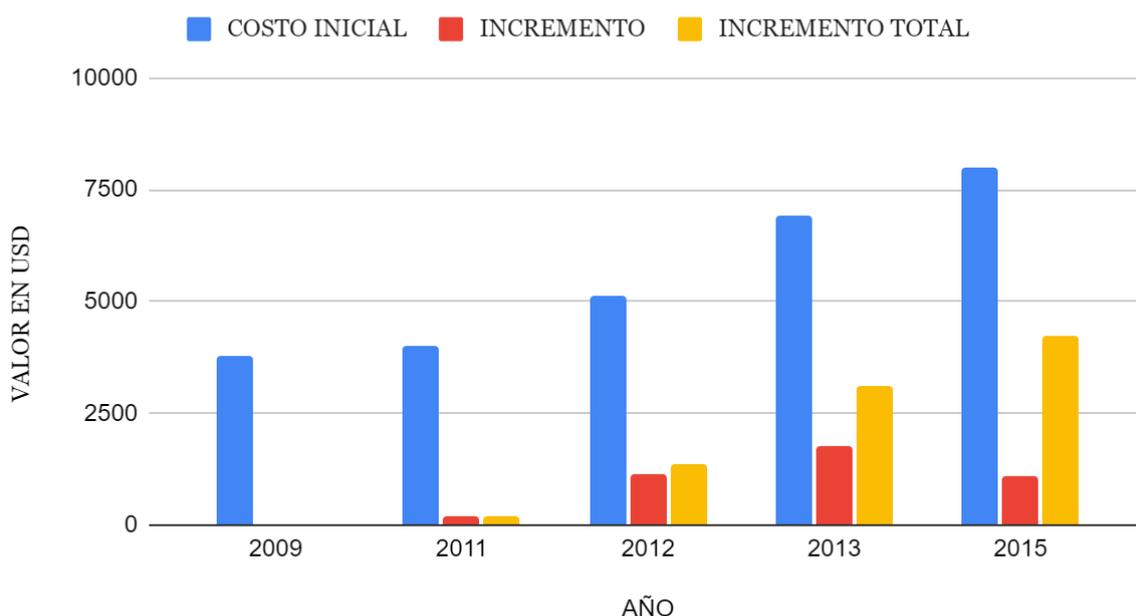
observar adiciones hasta por el 100% del valor del mismo, lo anterior señala un suceso de inmoralidad administrativa. (García, M.C., 2020).

Aunado a lo anterior, se entrevisté, que las prácticas penosas de las autoridades encargadas de la contratación estatal, se han vuelto rutinarias y como consecuencia no permiten que los procesos se efectúen de manera transparente, lo cual va en contra de los fines del Estado.

A continuación, un gráfico que relaciona el aumento del costo del proyecto por año en el que se hicieron Controles de Cambio:

Gráfico 1.

VALOR DEL PROYECTO POR AÑO



- Extraído de Análisis de la contratación estatal en Colombia frente a la corrupción, un estudio al caso del contrato por licitación pública ECP-SOC-001—2006, del proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena S.A (Reficar). (García, M.C., 2020).

10.8. Imputación penal en el caso Reficar

En cuanto a la Responsabilidad Penal, fueron condenados a 64 meses de prisión (cinco años y tres meses) los dos presidentes de Reficar por contratación sin cumplir los requisitos legales, sentencia que fue proferida por el juez noveno penal del circuito de Conocimiento de Bogotá. (Fiscalía, 2022). Mientras que se siguen los procesos en contra de otros miembros de la junta directiva de Reficar, el revisor fiscal y otros servidores públicos. Así como el director y representante legal de CB&I 2009 fue imputador por peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito a favor de particulares. (Fiscalía, 2022).

La Ley 559 de 2000, modificada mediante la ley 1474 de 2011 o estatuto anticorrupción, establece responsabilidades penales a quienes celebren indebidamente contratos, así lo estipula el artículo 410 del Código Penal, lo siguiente:

“Art. 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión” (Congreso de la República, 2011).

Es por esto que, a pesar de que la sentencia fue proferida en agosto del 2022, no se ha publicado la misma; sin embargo, esta sentencia fue apelada ante el Tribunal Superior de Bogotá, por lo que aún no se tiene conocimiento de una sentencia en firme que exponga la existencia del cumplimiento de los requisitos necesarios para demostrar la comisión de un delito por parte de los directivos de Reficar, razón por la cual se procederá a hacer un análisis de los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpa, en el actuar de los directivos de Ecopetrol, con el fin de indagar si existe la configuración del tipo penal:

Tipicidad:

Dicho tipo penal se caracterizan por tener un sujeto activo calificado, como lo es en este caso el ser un servidor público. La definición de dicho concepto se encuentra en la Constitución Política:

“**Artículo 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...) La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (1991).

Artículo 210. “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

Y para el caso de contratación que nos compete, la Ley 80 esclarece que funcionarios de la entidad contratante (Ecopetrol) son considerados servidores públicos:

“**Artículo 2.** De la definición de entidades, servidores y servicios públicos:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.”

Es decir, que dado que Ecopetrol S.A es una sociedad de economía mixta, sus representantes legales y sus funcionarios de nivel directivo, asesor o ejecutivo, son considerados servidores públicos, y por tanto son sujetos punibles de los tipos penales citados.

Además, este tipo penal se caracteriza por tres verbos rectores como lo son “tramitar, celebrar y liquidar”, los cuales deben realizarse omitiendo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la contratación pública, por lo que a juicio de la fiscalía y del juez noveno penal del circuito de Conocimiento de Bogotá, tanto dichos verbos rectores como el tipo penal se cumplen, al menos para el caso de los dos exdirectores de Ecopetrol condenados:

“La investigación da cuenta que no existió un concurso público, una selección objetiva de proponentes ni un proceso de evaluación o selección que garantizaran la designación de una compañía que tuviera un alto perfil o experiencia para la construcción del proyecto que requería un fuerte musculo financiero y una gran capacidad técnica para desarrollar la obra durante los tiempos establecidos.

El material probatorio aportado evidenció que (...) direccionaron el contrato a una entidad extranjera para lo cual incurrieron en irregularidades en la fase previa y en la etapa contractual del proyecto.

La Fiscalía comprobó que el contrato suscrito estableció para el adjudicante autonomía para gerenciar; además le otorgó libertad total en cuanto al control del megaproyecto. A pesar de esto, la construcción de la refinería presentó retrasos y millonarios sobrecostos” (Fiscalía, 2022).

Por lo cual, podemos establecer que se cumple con los requisitos de la tipicidad del artículo 410 del Código Penal, toda vez que los señalados cumplen con las características del sujeto activo calificado, y se cumple con los verbos rectores señalados en tal artículo.

Antijuridicidad:

Para esto, se debe tener en consideración si las conductas realizadas son efectivamente rechazadas por el ordenamiento jurídico (es decir que no existe ninguna causal de justificación para estas conductas) y que a su vez genera una lesión o ha puesto en peligro un bien jurídico.

Las causales de justificación se encuentran enumeradas en el artículo 32 del Código Penal, estando entre ellas: caso fortuito y fuerza mayor, que se actúe con consentimiento del titular del bien jurídico, se obre en cumplimiento de un deber legal, o de un cargo público; se obre bajo coacción ajena, sobre miedo insuperable, o sobre error invencible en la conducta (Ley 599 de 2000, art. 32). Sin embargo, no es posible predicar ninguna de estas excepciones en el caso de análisis. Toda vez que los directivos de Ecopetrol no se encontraban en el estricto cumplimiento de un deber o cargo público, ya que, por el contrario, es demostrado que la adjudicación y ejecución del contrato se hicieron saltándose varias de las normas de contratación, sin que se haya conocido que hubiere existido una coacción en contra de los directivos de Reficar para que esto sucediera. Además, el error cometido en la conducta no era insuperable, toda vez que, si bien Ecopetrol no tenía experiencia en la construcción de refinerías, esta dificultad podía ser superada simplemente buscando asesores que pudieran vislumbrar los posibles riesgos en la adjudicación y ejecución de la megaobra.

Por otro lado, existe una efectiva violación al bien jurídico protegido por el bien penal, como lo es en este caso la administración pública, ya que se confirmó que existieron sobrecostos por más de cuatro mil millones de dólares, lo que supone uno de los desfalcos más grandes ocurridos en una licitación pública en el país, por lo que es posible predicar la antijuridicidad de las conductas realizadas por los directivos de Ecopetrol, y otros miembros pertenecientes a la Junta Directiva, y al nivel asesor.

Culpa:

Por último, dentro de la culpa tenemos tres requisitos esenciales para predicarla, esta se refiere a la posibilidad de reprochar penalmente al autor de un acuto u omisión típico y antijurídico, teniendo en cuenta las circunstancias en el que este se ha desarrollado. Entre estos requisitos tenemos la imputabilidad, el conocimiento de antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta.

En primer caso, sobre la imputabilidad, el artículo 33 del Código Penal establece que:

“Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.” (2000).

De aquí concluimos que se puede predicar la imputabilidad de los directivos de Ecopetrol y demás funcionarios, ya que estos se encuentran en su capacidad legal, y con pleno conocimiento de las normas y sanciones que se desprenden de actos de corrupción, o del indebido cumplimiento de contratos, ya que para esto cuentan con funcionarios de nivel asesor.

El segundo requisito que es el de conocimiento de la antijuridicidad, tiene que ver con el anterior, toda vez que los funcionarios de Ecopetrol estaban en la capacidad de ser conscientes de los peligros en la contratación de la megaobra, y en como estos podrían afectar el erario público. Sin embargo, aún así decidieron llevar adelante el proyecto, saltándose varias de las normas de la contratación estatal.

Y por último, respecto del reproche de culpabilidad o la exigencia de otra conducta, es evidente que los directivos de Ecopetrol se dejaron llevar por el afán de realizar una adjudicación temprana del contrato, sin medir las consecuencias que podría traer la falta de planeación para la adjudicación y ejecución del contrato. Siendo así que era exigible que siendo Ecopetrol la empresa de hidrocarburos más importante del país, se asesorarían acerca de los riesgos de contratar esta megaobra, así como el hecho de que ya que la entidad con la que inicialmente se iba a contratar era simplemente una entidad inversora, no era necesario que solamente se postulasen entidades con experiencia en hidrocarburos, ya que se pudo solicitar ayuda a cualquier inversor nacional o extranjero.

Es por el anterior análisis que son imputables del delito de la celebración de contrato sin el lleno de requisitos formales, ya que de haberse llenado estos requisitos, el desfalco de la megaobra de la Refinería de Cartagena pudo ser evitado.

10.9. Intervención de los organismos de control.

La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República en ejercicio de sus funciones Constitucionales y Legales, intervinieron en el proyecto de Modernización de la Refinería de Cartagena de manera ulterior a la culminación de este. Esta inspección se realiza de esta manera por designio de la Carta Política, la cual determina que el control fiscal y disciplinario se ejerce de manera posterior y selectiva.

Procuraduría General de la Nación.

El Ministerio Público realizó una investigación frente a la Junta Directiva de Ecopetrol entre los años 2007 y 2015, en los cuales encontró múltiples errores a la hora de ejecutar el contrato de la Modernización de Reficar. El ente fiscalizador, como se describió anteriormente, determinó que estos errores no conllevaban sanción disciplinaria para estos servidores públicos puesto que habían actuado de buena fe en el ejercicio de sus funciones

frente a los Controles de Cambio propuestos por CB&I puesto que no contaban con las capacidades técnicas específicas para desvirtuar lo propuesto por el contratista.

A pesar de lo anterior, se considera que el organismo de control no realizó un análisis profundo a los deberes de la Junta Directiva de Ecopetrol, quienes, como primera autoridad en el proyecto, estaban obligados a que se cumpliera la Ley 80 de 1993 y las cláusulas del contrato.

Para especificar lo anterior, la Junta Directiva de Ecopetrol, permitió que CB&I continuara con la ejecución del proyecto después de que Glencore renunciara. Según lo estipulado en la Ley 80 de 1993, Ecopetrol debía realizar una nueva licitación para determinar, en un ejercicio de postulación, quién terminaría la ingeniería del proyecto. Además, no se encuentra viable determinar que se actuó de buena fe al aprobar los controles de cambio por cuanto permitieron adicionar más del 50% del presupuesto, monto máximo permitido, según el artículo 40 de la misma norma.

De esta manera, se encuentra que la Procuraduría General de la Nación excluyó hechos determinantes a la hora de evaluar la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, por cuanto incurrieron en omisiones a la ley y celebraron contratos y adiciones sin el lleno de los requisitos legales.

Contraloría General de la República.

Por parte del ente fiscalizador, realizó también una investigación frente a la Junta Directiva de Ecopetrol y de Reficar por los sobrecostos en la ejecución de la Modernización de Reficar. Esta autoridad sí encontró responsables fiscalmente a los miembros de las distintas juntas, sin embargo, se considera que la revisión posterior a este tipo de contratos es peligrosa para los intereses económicos de la Nación.

Desde que se decidió llevar a cabo este contrato, la Contraloría debió haber estado cerca de cada paso que se diera ya que era el contrato más grande celebrado por el país. La

falta de fijación de una tasa para los aportes de Glencore, fue objeto de que el proyecto recibiera menos inyección de capital, momento en el cual la entidad protectora del patrimonio, debió comenzar a intervenir. Al menos a partir de ese momento, este ente debió poner sus investigaciones en la ejecución del contrato y evitar que por su actuación tardía, existieran sobrecostos multimillonarios como los que finalmente acaecieron.

Actualmente, la Contraloría General de la República, tienen un nuevo enfoque del control, el cual permite la aplicación de un control de advertencia y prevención, para que el servidor público conozca en tiempo real las inconsistencias detectadas. Esta nueva forma de ejercer el poder fiscalizador hubiese sido lo necesario para que en Reficar hubiera mejor toma de decisiones en cuestiones económicas del proyecto.

CAPÍTULO III. CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA Y LEYES CON RELACIÓN A LA CONTRATACIÓN ESTATAL QUE RIGEN CON POSTERIORIDAD AL CASO REFICAR Y SU EFICACIA A LA HORA DE COMBATIR LA MALVERSACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

Pertinente a los objetos de investigación planteados, se finaliza el presente proyecto con un análisis de la situación actual del Sistema General de Contratación Estatal en Colombia, teniendo en cuenta las principales modificaciones que han surgido a este sistema, posteriores a la Ley 80 de la Contratación, y al caso de corrupción ocurrido en la licitación pública de la Modernización de la Refinería de Cartagena (Reficar), además. Se tendrán en cuenta los principales convenios internacionales ratificados por Colombia, en relación a la lucha contra la corrupción.

Esto con el fin de vislumbrar si el caso de Reficar ha servido de experiencia para el país, y si por tanto las medidas tomadas en cuanto a la expedición de nuevas normas y decretos con el fin de frenar los índices de corrupción han sido acertadas, o si las mismas han sido insuficientes en la lucha contra la corrupción.

11. Convenios internacionales ratificados por Colombia para combatir la corrupción

11.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Ratificada mediante la ley 970 de 2005, es el principal instrumento internacional en la lucha contra la corrupción, además de ser el primer instrumento jurídicamente vinculante para luchar contra la corrupción en las Naciones Unidas. La finalidad de dicha convención es promover y fortalecer las medidas para combatir la corrupción, y promover la cooperación internacional en la prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos. (Ley 970, 2005. Art. 1).

Sin embargo, a pesar de que la mayor parte de los artículos hablan acerca del compromiso de las naciones suscritas para desarrollar unas normativas para prevenir conductas ilícitas relacionadas con la corrupción; no es obligatorio para todos los países que adhieren a la Convención, convertir delitos determinadas conductas relacionadas con la corrupción, ya que

en dicha convención se usan comúnmente disposiciones como “cada Estado Parte adoptará” o “debe adoptar” o “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar”. Eso implicaría que unos de los objetivos de la Convención, como lo es la creación de estándares comunes en la legislación de los países no puede conseguirse. (Renato, 2020).

11.2. Convención Interamericana contra la Corrupción.

Dicha convención fue ratificada mediante la Ley 417 de 1997, convención de la cual hacen parte todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esta tampoco incluyó una definición de Corrupción, pero si de una lista de actos considerados actos de corrupción, tales como:

“**Artículo VI.** 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;” (1997).

Esta convención no solo insta a los estados a incluir en su lista de delitos tipificados el de Soborno Internacional y el de Enriquecimiento Ilícito, sino que con esto busca además

un desarrollo progresivo y armonizado de las legislaciones nacionales contra la lucha de la corrupción.

11.3. Convención contra el soborno de la OCDE.

Por último en cuanto a normas internacionales, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, ratificada por Colombia en enero de 2013, la cual aborda el cohecho o soborno de servidores públicos para obtener ventajas en transacciones comerciales internacionales, buscando que haya una sana competencia en las licitaciones de contratos e inversiones. Esta convención promueve que los países miembros desarrollen legislación para calificar el delito y hacer responsable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas involucradas en el soborno internacional (Renato, 2020). Sin embargo, al igual que otros convenios internacionales, es común que esta utilice disposiciones como “los estados deben” o similares, por lo cual no todos se acogen a estas medidas, y nuevamente no se cumple con ese objetivo de tener una legislación armónica en la lucha contra la corrupción.

12. Ley 1150 de 2007

Como se señaló anteriormente, la Ley 1150 del 2007 fue la que introdujo nuevas maneras de contratación pública, además de integrar nuevas disposiciones que regirán el Sistema General de la Contratación Estatal en Colombia, con la intención de frenar los disparados índices de corrupción.

Si bien, esta norma introdujo varias modificaciones que fomentaron la contratación transparente en la contratación estatal, introduciendo factores para la selección objetiva del contratista, además de la creación de la obligación de realizar audiencias públicas en las

licitaciones y de la divulgación de la información contractual por medios electrónicos (a través de la plataforma SECOP), entre otros aspectos a favor. Dicha norma presenta varias falencias a la hora de lograr una mayor transparencia en los procesos de contratación del país, tales falencias como, sin embargo, como lo menciona Dávila Vinueza:

“La mayor crítica es la necesidad de tener una reglamentación tan extensa para implementar su aplicación y desarrollo, no solo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino también por disposición de varias normas de ley que reclaman esos desarrollos normativos, generando como consecuencia la expedición de varios decretos, cuyas vigencias han sido muy cortas generando inseguridad jurídica por los constantes cambios; un ejemplo de ello fue la posterior expedición del Decreto 006 de 2008, luego el Decreto 2474 de 2008 y posteriormente el Decreto 734 de 012 que fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 y finalmente el Decreto 1082 de 2015 que es el que se encuentra vigente” (2016, p. 20-21).

Mostrándonos así, que una reglamentación excesiva perjudica la correcta aplicación de las normas, ya que los operarios jurídicos encargados de hacerlas cumplir se verían agobiados por la cantidad de las mismas, lo que entorpecería el proceso de contratación, contrariando los principios de celeridad y eficacia tan importantes para la correcta ejecución de contratos públicos.

13. Decreto 2474 de 2008

La finalidad de este decreto es reglamentar las modalidades de selección establecidas en la Ley 80 de 1993 y en la ley 1150 de 2007, siendo fundamental para este decreto fomentar e incentivar el respeto a los principios de publicidad, transparencia y selección objetiva del contratista.

Entre otras cosas, la norma indica que los estudios previos deben contener toda la información necesaria para que el proponente pueda identificar el alcance del objeto contractual y los riesgos que la entidad determinaba para dicho proceso.

Así mismo, el decreto establece que en los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, se deberá realizar un aviso de convocatoria en el cual se den a conocer la características mínimas del objeto contractual, la modalidad de selección, el valor, plazo, el lugar físico y electrónico donde se pueda conocer el pliego de condiciones etc.

“Artículo 5°. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Para la contratación directa se dará aplicación a lo señalado en el artículo 77 del presente decreto.

El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.” (Presidencia de la República, 2008).

En cuanto a la exigencia de la publicidad, este decreto establece la obligatoriedad de la publicidad de la convocatoria a la contratación mediante la plataforma Secop:

“Artículo 8°. Publicidad del procedimiento en el Secop. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) a través del Portal único de Contratación, cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección” (Presidencia de la República, 2008).

Además, es importante recalcar como fortalecimiento del principio de transparencia y de selección objetiva, al establecer las reglas de subsanabilidad:

“Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.” (Presidencia de la República, 2008).

14. Ley 1474 de 2011

Es bien sabido que las instituciones del supervisor y el interventor de un contrato son de vital importancia para los procesos de contratación estatal, ya que son las encargadas de vigilar que se realice una correcta ejecución del contrato sin dilaciones. Sin embargo, y a pesar de que a partir de la expedición de esta ley se le imponen más cargas y responsabilidades a

estas entidades, cabe destacar que estas figuras ya existían desde antes de la expedición de esta ley (César, 2016), y previo al proceso de contratación de la Refinería de Cartagena en el año 2006, por lo que se evidencia que no es un problema de falta de regulación normativa lo que genera una mala gestión de los recursos públicos, sino que esto se debe a una mala gestión de las partes que integran los procesos de contratación, como en este caso pueden ser los supervisores e interventores.

Además, estos cambios traídos por la Ley 1474 no garantizan el correcto funcionamiento de las interventorías, toda vez que dichas funciones las realizan personas que son escogidas por los mismos contratistas, haciendo que muchas de las irregularidades que se presentan en la ejecución de los proyectos no sean denunciadas y por tanto sean desconocidas para nosotros.

Esto nos permite evidenciar que son los principios de la contratación estatal los que verdaderamente se consolidan como una herramienta efectiva para combatir la corrupción, ya que estos principios consagran lineamientos concretos de cómo deben actuar las partes de un proceso de contratación estatal, reduciendo el margen de acción de los servidores públicos a la hora de realizar los procesos de contratación.

15. Normativa posterior a la ley 1474 de 2011

Posterior a la ley 1474 de 2011 se han presentado una cantidad enorme de decretos y leyes que añaden y modifican aspectos del estatuto de contratación estatal en Colombia. Los cuales, a pesar de tener la intención de fortalecer la lucha contra la corrupción en el país, creando nuevos requisitos encaminados a blindar los procesos de contratación de las malas prácticas de los operadores administrativos, estas modificaciones han llegado a entorpecer la actividad que estos operadores realizan, además de que a veces presentan dificultades para ciertos oferentes que están en condiciones de presentarse a determinados procesos de

contratación, pero que no tienen los conocimientos o la experiencia necesarios en cuanto al funcionamiento y las reglas que tiene el actual Sistema General de la Contratación Estatal, con todos los cambios y adiciones que hasta la fecha se le han realizado.

15.1. Decreto 1082 de 2015 y posteriores.

Este decreto viene a reproducir lo establecido en el Decreto 1510 de 2013, el cual a su vez es una especie de simplificación del Decreto 734 de 2012. Si bien la intención de este Decreto 1082 de 2015 es reglamentar y darle orden a lo ya establecido en el Decreto 1510 de 2013, aplicado especialmente al sector Administrativo de Planeación Nacional; este decreto 1082 de 2015 se presenta más como un retroceso, ya que entorpece los esfuerzos realizados por el anterior Decreto 1510 de 2013 que había dejado en manos de la entidad Colombia Compra Eficiente la recopilación de la normatividad referente a la Contratación Estatal, de manera que este nuevo Decreto implementa nuevas modificaciones y adiciones al ya complejo Estatuto de la Contratación Estatal, que nuevamente se ve alejado de su ideal de ser un Estatuto conciso en el cual se puedan indagar en una sola norma, todas las disposiciones necesarias y pertinentes al momento de realizar un proceso de contratación.

El Decreto 1082 de 2015 compila el Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013, los cuales son importantes en la materia de la siguiente manera:

15.1.1. Decreto 734 de 2012

Una de estas normas es el Decreto 734 de 2012, el cual surge como necesidad de hacer un análisis de la normativa expedida en materia contractual, ya que se habían expedido un alto número de decretos y jurisprudencia por parte del Consejo de estado, los cuales habían introducido una enorme cantidad de modificaciones y confusiones al Estatuto de la Contratación, el cual cada vez más se ha ido alejando de ser un Estatuto concreto que recopile en un solo organismo toda la normatividad respecto a la Contratación Estatal.

Como lo menciona Rodríguez Gómez:

“Este decreto compila en total 27 decretos que fueron expedidos en casi veinteaños y de allí su extensión. En este decreto los temas más importantes a tratar fueron la planeación contractual y las actuaciones previas, modalidades de selección, promoción del desarrollo, tratamiento favorable a la industria nacional y a las Mipymes, garantías, registro único de proponentes e incorporación de tecnologías de información y comunicación; el decreto tuvo la intención de ser el reglamento general de la contratación pero más sin embargo no logró compilar todo lo vigente en ese momento ni incluir lo nuevo.” (2017).

Además, acerca de los problemas que trae para la aplicación de la normativa de la Contratación Estatal, el hecho de que existan normas reguladoras cada vez más confusas, resulta en dificultades para los operarios de la administración a la hora de planificar y ejecutar un contrato estatal. Tal como lo asevera Rodríguez Gómez:

“El decreto en vez de agilizar la contratación vino a perjudicar al estado, ya que el autor (Iván Darío Gómez) indica que Colombia con dicha norma iba a tener la contratación más ineficiente del cuatrenio, puesto que lo mismo sucedió con la expedición del Decreto 006 de 2008 y que a los pocos meses tuvo que ser derogado por la falta de efectividad del mismo, y esa ineficiencia se podría dar porque el Decreto 734 de 2012 repitió los errores de ilegalidad e inconstitucionalidad de la normatividad del 2008, además la numeración que trae el mismo está por fuera de la tradición de las normas en Colombia ya que emplearon numeración que es utilizada por Icontec en los trabajos de grado, es decir, que no tiene una numeración consecutiva sino en series para cada título del decreto”

Otro de los problemas más claros de este Decreto, es que establece el uso de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) en el Registro Único de Proponentes (RUP) con el fin de poder verificar cuales son las áreas en la que se desempeña una determinada entidad, y cuál es su experiencia en esas áreas determinadas:

“**Artículo 6.1.1.2. Definiciones.** Para los efectos del presente decreto se atenderán las siguientes definiciones:

(...)

3. Clasificación. Es la ubicación del proponente que este mismo hace, dentro de las clasificaciones contenidas en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), la cual debe coincidir con la que se haya reportado al Registro Único Tributario - RUT.

(...)

El interesado podrá clasificarse en una o varias clasificaciones contenidas en el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) en los límites establecidos para el RUT que permite una actividad principal y tres secundarias.

Se aplicará el Sistema de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), adoptado por Colombia, y revisado por el Departamento Nacional de Estadística –DANE– vigente al momento de realizar el proponente su inscripción, actualización o renovación en el Registro Único de Proponentes.” (Presidencia de la República, 2012).

Sin embargo, esto no permite identificar claramente los bienes y servicios de un determinado oferente, ya que lo que hace dicha modalidad es indicar el sector, más no la nomenclatura de los bienes y servicios en los que se desempeña un determinado oferente. Además, tan sólo permitía registrar una actividad principal y tres secundarias, lo cual reducía de manera arbitraria el ámbito de acción de las personas interesadas en contratar con el estado, siendo que la mayoría de estas, sean personas naturales o jurídicas, pueden y suelen llegar a tener una gran cantidad de sectores en los cuales se desempeñan.

15.1.2. Decreto 1510 de 2013

El Decreto 1510 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública” (Presidencia de la República), tiene como objetivo que las Entidades

Estatales procuren el logro de los objetivos del sistema de compras y contratación pública definidos por Colombia Compra Eficiente, la cual es una Entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP) que es el rector del Sistema de Compra Pública de Colombia. Entre las funciones más importantes de esta entidad se encuentran:

- “La racionalización normativa para una mayor eficiencia de las operaciones.
- El desarrollo y difusión de las políticas, normas e instrumentos para facilitar las compras y promover la eficiencia.
- La coordinación con otras Entidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos.
- La absolución de consultas sobre la aplicación de las normas y expedir circulares sobre la materia.
- El desarrollo del sistema de compras electrónicas.
- El apoyo a los oferentes para facilitar y mejorar su participación.
- La difusión de mejores prácticas y la coordinación de los programas de capacitación con otras Entidades Estatales.
- El apoyo a las Entidades territoriales en la gestión de compras.” (Colombia Compra Eficiente, 2020).

Esta entidad y su plataforma digital, han tenido un impacto positivo en los procesos de contratación pública, ya que lejos de establecer nuevas normas o requisitos al ya saturado Estatuto de Contratación Pública; lo que hace es recolectar las diferentes disposiciones normativas que han surgido alrededor de este Estatúo, con el fin de tener un cuerpo integral que sea de fácil consulta tanto para los ciudadanos como para las entidades públicas. Además de proveer programas de capacitación y de consulta electrónica acerca de algún aspecto de la normatividad en materia de contratación estatal.

Como lo menciona Aponte Campo:

“Con la expedición de la norma referenciada, las entidades estatales lograron materializar todos y cada uno de los estudios, análisis y demás etapas requeridas dentro del planeamiento, logrando con ello la publicación de un proceso de selección a raíz de la necesidad existente, que es demostrado mediante procesos reglados como el estudio de costos, parámetros técnicos y jurídicos del sector. Todo lo anterior lleva a concluir fundamentos precisos del por qué y cómo se debe seleccionar al oferente indicado para solventar las necesidades. Es por dicho motivo que, con la base de un Estudio Previo para la publicación de un proceso requerido, las Entidades Estatales lograron dar la mayor Transparencia y Legalidad Procesal a los futuros oferentes dentro de los procesos de selección, ya que se tendrá una base justa para la correcta aplicabilidad y ofrecimiento por parte de los mismos hacia la Entidad Contratante y viceversa, primando por encima de todo los intereses de la misma y de la comunidad en general que se verá favorecida con tal ejecución.”(2016).

Posterior a este Decreto 1082 de 2015 que compila los decretos anteriormente nombrados, se han expedido las leyes 1882 de 2018, la ley 2022 de 2020, y la ley 2195 de 2022, todas con miras a luchar contra la corrupción en Colombia. Sin embargo, a pesar de que las mismas introducen nuevas figuras y requisitos a la hora de contratar con el estado, con el fin de blindar estos procesos de contratación y de tener la mayor seguridad posible de que se va a realizar un correcto manejo de los recursos públicos; estas disposiciones más que permitir una correcta y transparente aplicación de los preceptos del Sistema General de la Contratación Estatal, lo que logran es que exista una sobrerregulación en esta materia, y que el operador administrativo se vea cada vez más hostigado al momento de realizar una contratación.

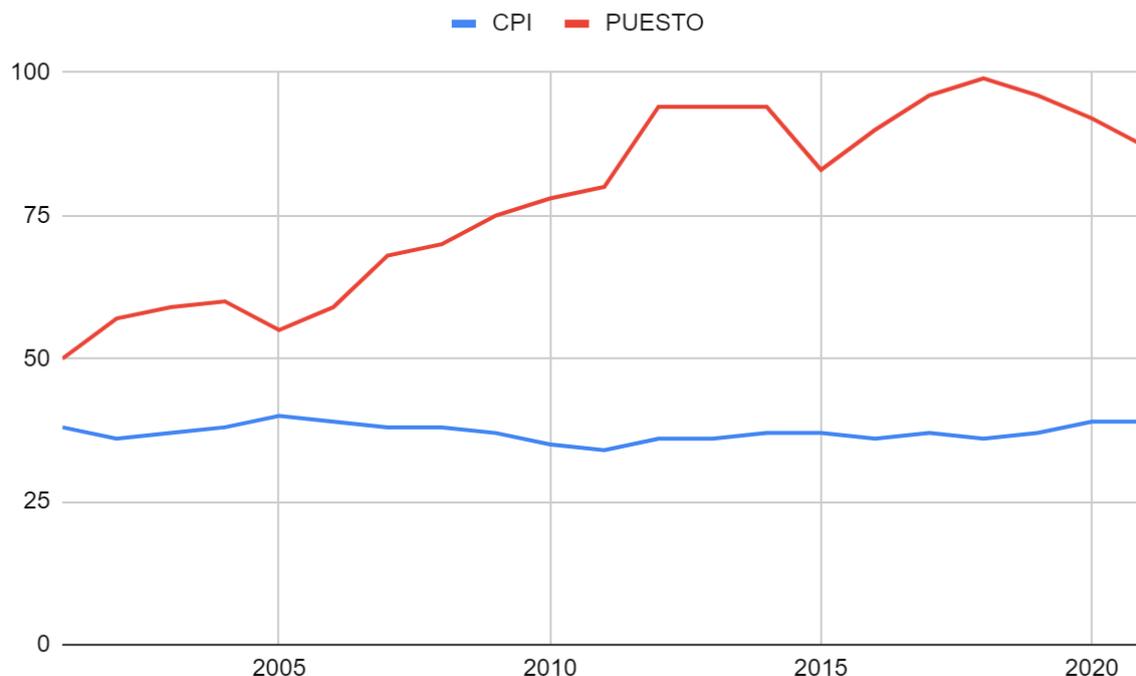
16. Estadísticas para determinar la percepción de la corrupción en el siglo XXI y análisis de las leyes expedidas para combatirla.

Como herramienta para determinar si las acciones tendientes a combatir la corrupción en Colombia y la expedición de nueva normativa para este tema, ha sido eficiente, se tomará como referencia el índice de Percepción de Corrupción de la organización Transparencia Internacional. El índice de Percepción de la Corrupción (CPI, por sus siglas en inglés) elaborado por Transparencia Internacional desde 1995, es la medida cuantitativa más conocida en la primera categoría de instrumentos es el Índice de Percepción de la Corrupción Este índice califica a los países de acuerdo con las percepciones sobre el grado de corrupción de su sector público. Es un índice compuesto, es decir, una combinación de indicadores proporcionados por varias fuentes de datos diferentes producidas por otras organizaciones (por ejemplo, las Clasificaciones de Gobernabilidad del Banco Africano de Desarrollo, el Anuario de Competitividad Mundial IMD, el ICRG). Dichos indicadores se basan principalmente en evaluaciones de expertos. (Newman, V & Ángel, M.P, 2017).

En el gráfico que se presenta a continuación se reflejan el CPI y el puesto ocupado por Colombia entre todos los países de los que se toma la muestra desde el año 2001 hasta el año 2021. Lo que se pretende con este gráfico es analizar si ha existido variación en el CPI a partir de la promulgación de las leyes en el marco de la contratación estatal expedidas para combatir la corrupción. A partir de este se puede determinar si aquellas normas han significado un cambio real hacia este fenómeno.

En referencia al CPI, entre más cercano a cero es el puntaje, mayor es la percepción de la corrupción en el país. Con respecto al puesto, sucede al revés, entre más cercano es la ubicación al cero, mejor percibido se encuentra ese estado en relación a la corrupción. En el caso de Colombia, en 2021 se ubica en el puesto 87 con 39 puntos.

Gráfico 2.



Ley 1150 de 2007 (Julio 16): La ley modificó la Ley 80 de 1993 buscando un desempeño transparente y eficaz de la contratación. Utilizando como base el CPI, en el año 2007, Colombia se ubicó en el puesto 68 con 38 puntos; un punto más (37) y nueve puestos menos (59) que en 2006. En el año 2008 mantuvo la puntuación, pero subió dos puestos (70).

Decreto 2474 de 2008: El decreto del 7 de julio de 2008 regula las modalidades de selección y fija las reglas generales para la publicidad, la selección objetiva y demás aspectos relacionados con el proceso de contratación estatal. A partir del CPI y el puesto ocupado por Colombia en ese estudio se puede ver que justo el año siguiente a la promulgación del decreto, el país subió cinco puestos (75), con respecto al puesto ocupado en el año 2008 (70) y disminuyó un punto de CPI (37) respecto al de esa misma anualidad (38); alejándose así de las mejores posiciones en cuanto a percepción de la corrupción.

Posteriormente, en el año 2010, en lugar de mejorar en esta estadística, el país bajó subió otros tres puestos (78), con 35 puntos. Con respecto a estas anualidades se ve un aumento leve en la percepción de la corrupción, sin cambios positivos significativos.

Ley 1474 de 2011 (Julio 12): En este sentido, se emiten normas para fortalecer los mecanismos de prevención, persecución y sanción de actos de corrupción y control efectivo de la gestión pública. Con relación al CPI, en el año 2011, Colombia se encontró en el puesto 80 con 34 puntos, estando así dos puestos y un punto peor que en el año anterior.

Por otra parte, en el año 2012 tuvo un aumento de dos puntos en cuanto al CPI (36), sin embargo descendió 14 puestos (94). De esta situación se puede inferir que, a pesar de haber tenido una mejora en cuanto a percepción de la corrupción, los demás países también la tuvieron y la de algunos fue mucho más significativa, lo cual hizo que subieran puestos en el ranking.

Decreto 734 de 2012: El decreto de abril 13 reglamenta la Ley 80 de 1993, también busca ser una solución a los problemas de la contratación pública. Con base al CPI del año 2013 se puede decir que este decreto no presenta mejorías considerables respecto a la percepción de la corrupción, tomando en cuenta que Colombia mantuvo el mismo lugar (94) y los mismos puntos (36).

Decreto 1510 de 2013: El decreto de Julio 17 busca ser un manual sencillo y compilado con las disposiciones de la contratación pública, de esta manera hacer más sencilla la labor del servidor público. En el año 2014, Colombia se sitúa en el mismo puesto según el CPI (94) que el año anterior, pero suma un punto a la estadística que determina la percepción de la corrupción, alejándose del cero y de los mayores índices. En el año 2015, ocurre un fenómeno particular. A pesar de mantenerse Colombia con los mismos 37 puntos CPI, subió hasta el puesto 83, con relación a los países mejor posicionados frente a la percepción de corrupción.

Decreto 1082 de 2015: El decreto de mayo 26 para lo que atañe al tema de la corrupción en la Contratación Estatal aclara algunas cosas de decretos anteriores y brinda algunas definiciones del Sistema General de la Contratación Estatal. Este decreto no tuvo influencia

sustancial en el CPI, por cuanto el país en el año 2016 se ubicó en el puesto 90 con 36 puntos. Además, en el año 2017 a pesar de que aumentó un punto (37), descendió seis puestos (96).

Ley 1882 de 2018 y Ley 2022 de 2020: A partir de estas dos leyes se adoptan medidas para combatir la corrupción, sin embargo, a la luz del CPI no existe una mejora respecto a los años previos. En el año 2018, el país se ubica en el puesto 99 -El más alto de todo el siglo), con 36 puntos; en el año 2019, 37 puntos para ubicarse en el puesto 96; en el año 2020, obtuvo el puntaje más alto de las últimas dos décadas (39) puntos, para lograr el puesto 92; y, finalmente, en el año 2021 mantuvo ese puntaje y alcanzó el puesto 87.

De acuerdo a la información recolectada y a los resultados obtenidos a través del CPI, relacionados con las distintas leyes y decretos promulgados en virtud de la contratación estatal y de la lucha contra la corrupción, se puede decir que Colombia ha buscado, a partir de cuerpos normativos mantenerse a la vanguardia en la lucha contra la corrupción en la contratación pública. Sin embargo, esos esfuerzos no han sido significativos a la hora de la verdad, debido a que apenas ha habido mejorías con respecto a los primeros estudios de este siglo.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo esbozado en el desarrollo de este proyecto, según las leyes y decretos enmarcados en el Sistema General de la Contratación estatal, se puede determinar que

en el marco de la contratación y ejecución del proyecto de la Modernización de la Refinería de Cartagena se cometieron múltiples y graves errores, además de delitos, que le costaron a la Nación recursos que pudieron ser destinados a otros proyectos beneficiosos para el país.

A partir del estudio realizado se pudo precisar que, los sobrecostos que existieron en la megaobra se debieron a: Mala planeación frente al proyecto, puesto que no se realizaron estudios previos conscientes y suficientes para llevar a cabo la megaobra, que causaron que se permitiera una textura abierta del pliego de condiciones, el cual debe ser la base para una contratación transparente. Además, no se presentó una selección objetiva del contratista, ya que Glencore contaba con las capacidades técnicas para ejecutar la ingeniería de la obra.

Asimismo, se encontró que no hubo buena planificación a la hora de recibir los pagos de la multinacional suiza, haciendo que se recibiera mucho menos dinero que el pactado.

De la misma manera que, a la hora de aceptar la renuncia de Glencore al proyecto, Ecopetrol en lugar de buscar un nuevo inversionista que financiara la obra, asume todos los costos, siendo lo que pretendía evitar inicialmente.

Se puede afirmar entonces que la falta de planeación en los procesos contractuales trae consigo, necesariamente, pérdidas fiscales para la Nación. Por otra parte se puede determinar que, los sobrecostos también se debieron a que Ecopetrol/Reficar asumieron costos que debían ser asumidos por el contratista con la mirada de las juntas directivas a cargo.

Sumado a esto, se puede establecer que la dirección de Ecopetrol y Reficar no contaba con las aptitudes necesarias para esos cargos. De esta manera, la falta de experticia los llevó a cometer enormes errores a la hora de contratar y ejecutar. En particular, permitieron cinco controles de cambios que duplicaron el valor de la obra, cuando la Ley solo permite adicionar hasta el 50% del presupuesto. Hay que reconocer que esta mala práctica se ha convertido en un hábito, lo que no permite que los procesos se desarrollen de manera óptima y transparente, evitando así la defensa de los intereses del Estado.

Por demás, la falta de ejecución de las cláusulas indemnizatorias del contrato, hizo más grande la pérdida económica de las entidades del estado inmiscuidas en el proyecto.

En relación al marco normativo expedido en Colombia a partir del año 2007 se puede concluir que: Han sido múltiples los intentos para acabar con la corrupción a partir de las leyes y decretos, sin embargo, en primera medida no han logrado uniformar en un solo cuerpo normativo, todo lo relacionado con el Sistema General de la Contratación Estatal para permitir un ejercicio más sencillo para el servidor público.

Por otra parte, todas las normas expedidas para combatir la corrupción han sido insuficientes en el sentido de que si bien es cierto la norma puede tener vacíos en algunos aspectos, el problema radica en un funcionario poco ético, que busca beneficios adicionales en dinero o en especie, en total violación de las reglas de contratación. (Rodríguez, 2017)

Como lo escribe el mismo Rodríguez, referente a estos servidores públicos y a la planeación como requisito para la contratación, existe tal “avaricia de obtener poder y reconocimiento, que el servidor público emplea toda clase de artimañas para lograr su cometido con tal de que un proceso sea adjudicado a la persona que él con anterioridad ha elegido como adjudicatario,” (Rodríguez, 2017). Situación que se vio en el marco de la adjudicación del contrato a Glencore, como se explicó en el desarrollo del proyecto y como lo dice el mismo autor se puede llegar a dar más importancia a planificar cómo amañar el pliego de condiciones, que a planear la ejecución de la obra.

Es así como, de acuerdo a como se expresó en la hipótesis de este proyecto, la normatividad puede ser muy robusta a la hora de hablar de contratación estatal y de un ejercicio transparente de este poder, sin embargo, existen maneras en las que el servidor público puede amañar el proceso para su beneficio o de quien él quiera. Verbigracia en el caso de la modernización de la Refinería de Cartagena se ha podido observar que los servidores públicos encargados de planear y contratar este proyecto pueden estar inmiscuidos en: pliegos

direccionados a favorecimiento a terceros o abiertos para favorecer la propuestas de terceros, favorecimiento a terceros, apertura de proceso sin el lleno de requisitos legales, omisión de las etapas del proceso contractual o adjudicación del contrato sin el lleno de requisitos legales.

De acuerdo con el mismo hilo conductor, son múltiples las normas que hablan acerca de cómo debe ser el proceso de contratación, pero las autoridades encargadas de realizar la vigilancia no prestan la suficiente atención a cada uno de los procesos. De esta manera, se debe realizar modificaciones a la forma en que la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República sean más cercanos a la contratación pública y no entren solo a actuar cuando el daño ya está hecho.

Se puede concluir también que el Sistema General de la Contratación Estatal es permeable, principalmente, a la hora de la planeación del proyecto y a la hora de adicionar presupuestos tal como se evidenció en el caso Reficar.

Finalmente, se puede evidenciar que Colombia se encuentra estancado en su lucha contra la corrupción, como se explicó a partir de la Gráfica del CPI, los avances en la década 2011-2020, en cuanto a índice de percepción de la corrupción han sido mínimos o no han existido con respecto a la década 2001-2010.

BIBLIOGRAFÍA

Algarra, M (2005). No Más Corrupción, Estrategia Preventiva Para Combatirla. Grupo Editorial Ibañez. P. 333.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Aponte, C (2016). El impacto del Decreto 1510 del 2013 en la Contratación Pública y la corrupción en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada.
https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/16080/AponteMejiaCamp_oElias2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Cámara de Comercio de Bogotá. ¿Qué es el Registro Único de Proponentes RUP?
<https://www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Registros-Publicos/Que-es-el-Registro-Unico-de-Proponentes-RUP>.

CERLALC, 2018. Etapas de la contratación. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe Bajo los auspicios de la UNESCO.
<https://cerlalc.org/recomendaciones-para-autores/etapas-de-la-contratacion/#:~:text=Etapa%20contractual&text=En%20esta%20etapa%20se%20define,las%20partes%20ejecutarán%20lo%20convenido>.

Reyes, J. 2016. El Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 de 2011 y su alcance en el Régimen de la Contratación Estatal: Críticas y comentarios. Universidad EAFIT.
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11217/JulioCesar_ReyesLondoño_2016.pdf?sequence=2.

Colombia Compra Eficiente (2016). Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales. Agencia Nacional de Contratación Pública.
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiprvvSyLH8AhULRTABHcKxBRgQFnoECB8QAQ&url=https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/colombiacompra.pdf>

[e_documents%2Ffce_guia_supervision_interventoria.pdf&usg=AOvVaw1NavPEY4RNx7wnrpYabmYk.](https://colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/colombia-compra-eficiente)

Colombia Compra Eficiente (2020). ¿Qué es Colombia Compra Eficiente? Departamento Nacional de Planeación. <https://colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/colombia-compra-eficiente>.

Congreso de la República (1993). Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Congreso de la República (1992). Ley 30 de 1992. Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior.

Congreso de la república (1997). Ley 412 de 1997. Por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción", suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Congreso de la República (2000). Ley 559 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Congreso de la República. (2001). Ley 678 de 2001. Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado.

Congreso de la República. (2005). Ley 970 de 2005. Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Congreso de la República (2011). Ley 1474 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Conpes (1996). Documento Conpes 2878. Consejo Nacional de Política Económica y Social. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/2878.pdf>.

Conpes (2004). Documento Conpes 3312. Consejo Nacional de Política Económica y Social. <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/conpes/económicos/3312.pdf>.

Conpes (2005). Documento Conpes 3336. Consejo Nacional de Política Económica y Social. <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/conpes/económicos/3336.pdf>.

Contraloría General de la República (2021). Comunicado de prensa No.046 <https://img.lalr.co/cms/2021/04/26124821/2021abr26-Comunicado-de-prensa-046-Fallo-responsabilidad-fiscal-Reficar.pdf>.

Corte Constitucional, 1999. Sentencia C-623. M.P. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3384#:~:text=El%20de%20eficiencia.,El%20control%20fiscal%20sobre%20los%20contratos%20estatales%20debe%20ejercerse%20después,después%20de%20terminados%20o%20liquidados.>

Departamento Nacional de Planeación. (28, de febrero de 2005) modificación a la estrategia definida en el CONPES 3312 para la ejecución del plan maestro de la Refinería de Cartagena.

El tiempo (2021). *Condena de la Contraloría por detrimento patrimonial en Reficar*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/contraloria-profiere-fallo-por-detrimento-patrimonial-en-reficar-583864>.

EY Building a better working world (2018). La integridad en las primeras planas.

https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/es_pe/topics/risk/ey-encuesta-global-sobre-integridad-en-los-negocios-2018.pdf?download

Escalante Arrigui, Paola; Hernández Rojas, Blanca Adriana & Rueda Garay, Jazmin Lizeth.

(2017) Evaluación de los sobornos a Reficar bajo la ISO 37001. Bogotá: Universidad de Cundinamarca. Facultad de Ciencias Administrativas Económicas y Contables.

Fiscalía General de la Nación (2022). A 5 años y 4 meses de prisión fueron condenados Felipe

Castilla y Orlando Cabrales implicados en el direccionamiento ilegal del contrato para la construcción de Reficar. Bogotá, D.C. Boletín 45523.

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/a-5-anos-y-4-meses-de-prision-fueron-condenados-felipe-castilla-y-orlando-cabrales-implicados-en-el-direccionamiento-ilegal-del-contrato-para-la-construccion-de-reficar/#:~:text=Denuncia%20fácil-,A%205%20años%20y%204%20meses%20de%20prisión%20fueron%20condenados,para%20la%20construcción%20de%20Reficar.>

García, M. C. (2020). Análisis de la contratación estatal en Colombia frente a la corrupción, un

estudio al caso del contrato por licitación pública ECP-SOC-001—2006, del proyecto de modernización de la Refinería de Cartagena S.A. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/36114>.

Gómez & Gallón, S. (2000). El fenómeno de la corrupción y su influencia en la Economía

Colombiana, 1969-1999. Universidad de Antioquia. Medellín.

Grupo de Gestión Contractual (2021). Manual de Contratación Estatal. Función Pública.

<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/34645357/34703402/manual-contratacion-subproceso-gestion-contractual.pdf/2377b738-b07a-42c0-88eb-80216a6bbf75?t=1569430504533>.

Hobbes, T. (1651). *El Leviatán*. Reino Unido.

Kynyke. (2019). *Reficar: el robo más grande en la historia de Colombia*. Krimen y
Korrupción. <https://www.kienyke.com/krimen-y-korrupcion/reficar-el-robo-mas-grande-en-la-historia-de-colombia>.

MOE. (2018). *Así se roban a Colombia*. Misión de Observación Electoral.
<https://www.moe.org.co/publicacion/asi-se-roban-a-colombia/>.

Newman Pont, Vivian & Ángel Arango, María Paula. (2017) *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá: Fedesarrollo, 222 p.
Cuadernos de Fedesarrollo No. 56

Nye, J.S. (1967). *Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis*. *The American Political Science Review*. P. 417- 427.

Organización de los Estados Americanos, 2018. *Régimen Jurídico De los Actos y Contratos de la Ley 80*. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic2_col_inf_sc_sp.pdf

PMD (2005). *Modificación a la estrategia definida en el CONPES 3312 para la ejecución del plan maestro de la refinería de Cartagena*.
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3336.pdf>

Presidencia de la República (2000). Decreto 282 de 2000, art. 24. *Estructura de la procuraduría general de la nación*.

Presidencia de la República (2008). Decreto 2474 de 2008. *Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y a Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*.

Presidencia de la República (2012). Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Refinería de Cartagena (2022). Quienes somos. <https://www.reficar.com.co/en/quienes-somos#:~:text=En%20la%20actualidad%20es%20un,en%20productos%20limpios%20y%20eficientes..>

Refinería de Cartagena (2017). Estatutos Sociales de Refinería de Cartagena S.A. Escritura Pública No. 4245 del 27 de noviembre de 2017. Notaría Diecisiete del Circulo Notarial de Bogotá D.C.
[https://www.reficar.com.co/Repositorio/02_GobiernoCorp/00_Biblioteca/03_CodigoEticaBuenGobierno/Estatutos%20aprobados%20-%20reforma%20integral%2030%20de%20octubre%20de%202017%20\(pag%20web\).pdf](https://www.reficar.com.co/Repositorio/02_GobiernoCorp/00_Biblioteca/03_CodigoEticaBuenGobierno/Estatutos%20aprobados%20-%20reforma%20integral%2030%20de%20octubre%20de%202017%20(pag%20web).pdf)

Rico, L (2018). Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Décima Edición. UniAcademia Leyer.

Rodríguez, S (2017). Análisis de la normatividad colombiana en materia contractual frente a la lucha contra la corrupción. Universidad del Rosario.

Sánchez, M (2008). Contratación Estatal En Colombia: Un Nuevo Reto Con La Ley 1150 de 2007 y Sus Decretos Reglamentarios 066 (Art. 83) y 2474 De 2009. Nuevo Estatuto General de Contratación pública. <http://www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad/presentacion-modificaciones-decreto-2474-2008.pdf>.

Santacruz, C. F. Los contratos llave en mano. Taller seminario C.A.F, pág. 3. La Paz, 2009.

Serrano, A. (2014). Corrupción en la contratación pública en Colombia. Recuperado de:
<http://hdl.handle.net/10654/12906>.

Silva, S (2017). Corrupción en los procesos de contratación pública: Derecho penal colombiano y español. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1167>.

Tanzi, V (1998). Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope and Cures. International Monetary Fund: WP/98/63.

Transparency International (2021). Corruption Perception Index. [2021 Corruption Perceptions Index - Explore the... - Transparency.org](#).

Transparencia por Colombia (2019). ¿Qué es corrupción?
<https://transparenciacolombia.org.co/2019/08/27/corrupcion/>

Refinería de Cartagena (2020). Historia de la refinería de Cartagena.
<https://www.reficar.com.co/en/quienes-somos>

Renato, J (2020). El régimen internacional anticorrupción. Cancillería de Colombia.

Rico, P (2021). Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal.

World Bank Global Issues Seminar Series (2005). The Cancer of Corruption. Vinay Bhargava, Director, International Affairs, The World Bank.

Zunino, P (2012). Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p.730.