

RESOLUCION No. DE 2019

“Por medio de la cual se decide una solicitud de Revocatoria directa en contra de la RESOLUCION No. 1155 de 2019 “Por medio de la cual se adjudica la LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-SI-015-2019

EL SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Debidamente facultado mediante Decreto Departamental de Delegación No 05, y en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales, en especial las que confiere la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el decreto 1082 de 2015, la Ley 1882 de 2018, así como lo preceptuado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y

CONSIDERANDO

I. SOBRE LAS MOTIVACIONES DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO –

Los ciudadanos DAVID LOPEZ ROMERO, RAFAEL CASTRO OTERO y ABELARDO MEZA HERAZO, presentaron a este despacho solicitud de revocatoria del acto administrativo aludido, sobre la base de los siguientes argumentos, que nos permitimos resumir así:

- *La Gobernación no publicó el estudio del sector.*
- *La no realización de la audiencia de asignación de riesgos en el tiempo establecido, y si lo hicieron no fue publicado en el termino art. 2.2.1.1.1.7.1.*
- *La configuración de un presunto acto colusorio entre el proponente N° 24 PAZ CONSTRUCCIONES SAS. y el proponente N° 23 CONSORCIO ARJONA GAMBOTE I.E. 2019, bajo el entendido que CESAR AUGUSTO CARABALLO ROSENSTANG funge presuntamente como accionista de Paz Construcciones SAS y representante legal de ingeniería y Construcciones del Cesar SAS, integrante del proponente 23.*

II. SOBRE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA SURTIDA.

La administración, ordenó iniciar la actuación administrativa tendiente a la resolución de la solicitud incoada, con el objeto de dar respuesta a las mismas en los términos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1437 de 2011.

Conforme a lo establecido en el artículo 3º del de la Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas se desarrollarán, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Atendiendo que atañen a aspectos del resorte exclusivo de la entidad, el análisis se desarrollará de la manera dispuesta.

III. SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS Y ANALISIS DE ASPECTOS DE FORMA Y FONDO DE LA SOLICITUD Y FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

- **SOBRE LA LEGITIMIDAD EN LA CAUSA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA.**

Se encuentra acreditado que los solicitantes se encuentran legitimado para interponer solicitud de revocatoria directa en los términos de la ley 1437 de 2011.

- **SOBRE LA OPORTUNIDAD.**

Señala a Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 25750 de 2014 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014)) (...) *el panorama normativo de la adjudicación de los contratos cambió con la Ley 1150 de 2007, porque si bien, reiteró la regla general según la cual el acto de adjudicación es irrevocable, y nuevamente guardó silencio sobre la posibilidad de revocar otros actos proferidos antes de la celebración del negocio jurídico, introdujo diferencias sustanciales, porque creó dos (2) excepciones a la regla general de la irrevocabilidad: i) el acto de adjudicación es revocable si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación y la suscripción del contrato sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad, y ii) si se demuestra que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales. Dispuso el artículo 9: "Artículo 9. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.*

"Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

"El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la

suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.” (Negrillas fuera de texto)

Conforme a esta regla, que entró a regir el 17 de enero de 2008, el acto de adjudicación quedó menos protegido que antes, ya que si bien, nuevamente se afirma que es irrevocable, a continuación se añade que lo será en las siguientes circunstancias –esta es la novedad–: i) si el adjudicatario da su consentimiento –evento que no menciona la norma, pero que admite el ordenamiento jurídico–; ii) si sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, o iii) si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

En conclusión, i) en vigencia de la Ley 80 de 1993 el acto de adjudicación era, sencillamente, irrevocable; ii) pero en vigencia de la Ley 1150 esta idea cambió, porque es teóricamente irrevocable, pero en la práctica revocable casi en los mismos casos en que lo regulaba el CCA. para cualquier otro acto administrativo particular favorable –pero por aplicación de las causales de la Ley 1150–; y iii) con la Ley 1437 de 2011 cualquier acto administrativo particular favorable es irrevocable –salvo consentimiento del titular–, pero el de adjudicación quedó sujeto a la norma especial que lo regula –la Ley 1150–, de manera que tiene más supuestos de revocabilidad que los del común de los actos administrativos favorables.

Siendo la revocatoria directa una potestad que el ordenamiento le atribuye a la administración para expulsar de él –es decir, por mano propia–, un acto administrativo suyo, para lo cual dicta otro de sentido contrario o simplemente expide uno que deja sin efectos el anterior, la entidad analizó, que los observantes se encuentran en la oportunidad para promover la solicitud.

- **DE LOS PROBLEMAS OBJETO DE ESTUDIO, DE LOS HECHOS, LOS ASPECTOS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE, ARGUMENTOS Y PRUEBAS ALLEGADAS**

Problema I. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los estudios del sector?

Señala Colombia compra eficiente en la Guía para la elaboración de estudios del sector lo siguiente *“El artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de Riesgo. **El resultado del análisis debe plasmarse en los estudios y documentos previos del Proceso de Contratación.** La importancia de realizar este análisis ha sido recalcada en las recomendaciones que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) le ha formulado al Gobierno Nacional, las cuales constituyen buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en la contratación pública”*.¹(Subrayado y negritas propio)

En este sentido, salta a la vista el primero de los aspectos anunciados por la agencia de contratación estatal, la cual dispone que el análisis del sector constituye un insumo cuyos resultados deben plasmarse en el estudio previo, esto es, vaciarse en el mismo para ser parte de este. En el caso en comento, los resultados arrojados en el estudio del sector, efectivamente fueron consignados en los estudios previos de la contratación los cuales, estuvieron disponibles desde la publicación del proyecto del pliego de condiciones, por lo que desde este prístino momento la administración debe expresar que no existe vulneración al principio de planeación, ni al de legalidad respecto de los estudios previos puestos a consideración del público, y por el contrario, respetando los postulados de la Ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 y el decreto 1082 de 2015, la administración elaboró estudios previos basándose en la integridad de los estudios o análisis desarrollados, en los distintos niveles de exigencia y complejidad, de acuerdo con la naturaleza y cuantía de la contratación y su relación con el objeto social o la misión de la entidad como futuro contratante. Contando, por tanto con las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se determinaron como necesaria, y por tanto también los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; así como los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado podría demandar la celebración y ejecución del contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar; la disponibilidad de recursos de la entidad, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.

Por tanto, debe expresarse sin dubitación que la invitación a ofertar se encuentra precedida del análisis que convierte a la misma en un negocio debidamente diseñado, pensado, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; todo ello en cumplimiento del deber de observar el principio de planeación, atendiendo los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos con miras a asegurar la correcta ejecución de las obras y la preservación de los recursos del Estado, razón por la cual el cargo en mención no está llamado a prosperar.

¹ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

Por otro lado, resulta indispensable poner de presente al solicitante, que la administración departamental ha desplegado todo su esfuerzo con miras a la elaboración de documentos estandarizados de obra pública y la utilización irrestricta del pliego tipo, por lo que el estudio del sector para obras de infraestructura es el mismo desde que se publicó resultando homogéneo en las obras de infraestructura viales de la segunda mitad de 2019. Ello conlleva a que el estudio del sector no ha variado, es el mismo elaborado y utilizado en todos los procesos de selección publicados por la entidad desde junio de 2019 hasta la fecha atendiendo la complejidad, valor y objeto a contratar.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación, de la falta al deber de planeación por parte de la entidad, no tiene asidero en aspecto alguno. Tenga en cuenta que el DEPARTAMENTO previo al desarrollo de un proceso de selección de contratista desarrolla de manera cuidadosa una evaluación de la viabilidad, tiempos, etc. de los proyectos a saber: Primer momento de análisis: i) racionalidad, en la medida en que introduce un sentido de lógica, raciocinio y orden en la acción, lo que conduce a optimizar la utilización de los recursos con eficiencia y eficacia; ii) previsión, pues toda acción objeto de planificación debe reducir la incertidumbre a su mínima expresión dentro de lo posible, teniendo en cuenta la multiplicidad de situaciones que el futuro depara, lo que lo hace incierto; iii) universalidad, ya que se debe contar con el sistema en su totalidad, para lo que se observa cada uno de los subprocesos que conforman el proceso global, esto es, lo social, económico, político, espacio-temporal, científico, tecnológico, financiero, administrativo y ecológico, y la relación que ellos tengan con el proceso de desarrollo; iv) unidad, en cuanto la congruencia, coordinación y estrecha relación entre todas las partes que conforman la realidad sujeta a planificación, por lo que debe haber unidad entre los planes, programas y proyectos entre sí, al igual que en los niveles de aplicación de la planificación; y v) continuidad, toda vez que la planificación debe ser un proceso ininterrumpido, por lo que debe haber planes a corto, mediano y largo plazo, de manera que se asegure la continuidad dentro del proceso, sin perjuicio de los cambios que haya lugar²

La planificación, entonces, comprende toda una articulación en cuanto a su objeto, destinatarios, marco espacio-temporal y finalidades. Por otra parte, seguimos un sistema de fases y momentos; las primeras son el componente del proceso que comprende un todo, y los segundos, los pasos específicos que conforman las fases para un correcto desarrollo del proceso de planificación.

En efecto, un primera fase debe ser de investigación y diagnóstico, en la cual quienes intervienen en la planificación buscan lograr un visión global del futuro deseado y posible, para así proponer los objetivos, alternativas y cambios a que haya lugar con el proceso; para

² TINBERGEN, J. La planeación del desarrollo, traducción de Javier Márquez, Fondo de Cultura Económica, México, 1958. En el mismo sentido, CALDERÓN RIVIERA, CAMILO. Planeación estatal y presupuesto público, niveles nacional, departamental y municipal, Legis, Colombia, 1998: "[...] los programas de inversión, debe ser consientes con el programa de producción para el país como un todo, tal como este se haya estimado por el método de la programación general [...] el programa deberá estar formado por aquellos proyectos que hicieran la aportación máxima al bienestar, presente y futuro, del país".

ello, se debe exigir una percepción de la realidad que se quiere cambiar, el conocimiento de los problemas, necesidades y patologías que afectan el buen funcionamiento de aquella, la determinación de los objetivos encaminados a dar solución a los problemas analizados o satisfacer las necesidades presentadas, la elaboración de un sistema de variables e indicadores que permitan recolectar la información necesaria para el proceso, el análisis de la situación y del modelo del sistema y su relación con el entorno, y la exploración de escenarios alternativos, anticipación de acciones y análisis de los efectos y resultados respecto de aquellas situaciones actuales, producto de la información recaudada, que se pretende cambiar con el proceso.

La segunda fase de la planificación es de formulación de estrategias, en la cual, con base en lo hecho en la fase anterior, se procede a elaborar el plan, programa y proyecto que determinarán el total de las acciones que se pretende adoptar para dirigir y orientar el proceso y que permitirán cumplir con lo planteado en la visión de la situación futura y posible por medio de las metas y objetivos propuestos. En este punto debe realizarse una evaluación detallada para la ejecución de los planes, programa y proyecto adoptados, que implica hacer un análisis de los efectos y resultados que posiblemente se presenten con la implementación de las acciones propuestas, para observar su probabilidad de éxito, así como estudiar la validez de los instrumentos seleccionados y de los resultados destinados a tales finalidades, con observación del factor espacio-temporal en que han de ser cumplidos los objetivos.

La tercera fase corresponde a la táctica operacional de ejecución y gestión, en la que se entra directamente a la ejecución y gestión, y se da inicio a la aplicación del plan, programa y proyecto realizados en las fases anteriores, lo que implica una organización, programación, destinación y uso eficaz de todos los recursos dentro del marco de planificación establecido, entendido este como el tiempo posible para la realización de las acciones objeto del proceso, y el espacio social en el que han de aplicarse estas con límite en las normas de conciencia y la regulación legal.

La gestión busca lograr eficaz y eficientemente la realización de los objetivos y metas propuestas³, así como las estrategias, políticas, cambios y resultados que presenten el plan, programa y proyecto, con base en el conocimiento que proporcionen la creatividad, la capacidad dinámica y anticipativa de los actores, y la misma ejecución de la planificación. En este sentido, la implementación de planes de acción u operacionales que buscan dar una orientación para la consecución de los objetivos, metas y alternativas seleccionadas en el marco de la planificación, por medio de instrucciones respecto de la realización de las actividades propuestas para tal fin, se ejecuta contando con un cronograma de estas que irán hasta la presentación final de los resultados obtenidos. Por eso, ante hechos inesperado e imprevisto se establecen planes de contingencia, preparados como mecanismos de reacción que permiten evitar las consecuencias nocivas para la proyección inicial, en cuanto ello sea

³ La planeación se define como "una técnica encaminada a lograr un uso eficiente de los recursos y cumplimiento de intervención del Estado para la fijación y determinación de políticas económicas y sociales". ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Temas en contratos estatales*, Biblioteca Jurídica Dije, Medellín, 2010, p. 113.

posible, y, de no serlo, para tener un mecanismo que facilite la corrección de los efectos negativos y la aminoración de su impacto en el plan, programa y proyecto establecidos.

Así las cosas, una vez desarrolladas en extenso estas fases del proyecto, que además se encuentra precedido de los trámites ante el órgano Colegiado de OCAD; resulta infundado señalar que la entidad ha desconocido el principio de planeación.

En este sentido, para el Departamento, (i) Se han agotado con suficiencia las distintas etapas de planeación; (ii) se ha atendido el deber señalado en la ley; (iii) se han desarrollado los estudios y demás documentos del proceso atendiendo el irrestricto deber de planeación.

Por otra parte, uno de los aspectos que debe ser resaltado para la materialización de la revocatoria del acto es la relación directa que tiene la aparición de "medios ilegales" y el nexo o la consecuencia derivada en el vicio que rodea la manifestación de la administración, siendo una situación que para el Consejo de Estado

"Los criterios jurisprudenciales anteriores son perfectamente aplicables para interpretar el inciso segundo del artículo 73, ya que se requiere que se den unas condiciones especialísimas para que la administración enmiende la situación aberrante y antijurídica que se presenta en su acto ilícito. Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrada tal situación.

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. En esa medida, en la motivación del acto revocatorio la administración está obligada a dejar constancia expresa acerca de los elementos de juicio que la llevaron a tal conclusión.

Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación "que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...."

Para entender el alcance de la hoy expresión de los medios ilícitos que vician el acto administrativo, es necesario que se consideren los elementos de error, fuerza o dolo señalados por el Consejo de Estado y las condiciones para que se materialice la revocatoria que según la H. Corte Constitucional corresponde a los siguientes presupuestos:

1. La ilegalidad debe ser evidente.
3. Debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilegal y la expedición del acto administrativo que se pretende revocar.

Que frente al tema el Consejo de Estado, ha señalado que:

(...) el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A. (Negrita fuera del texto original)

Que en la citada providencia el Consejo de Estado, citando al profesor Michel Stassinopoulus, estableciendo:

“II. Que debe entenderse por actuación dolosa. La actuación dolosa en el sentido aquí antes expuesto implica los dos elementos siguientes: a) responsabilidad de su autor, b) influencia sobre el acto administrativo.

a) La responsabilidad resulta de la intención de engañar a la autoridad administrativa. Esta intención puede resultar ora de una declaración formal inexacta, ora del silencio guardado por el administrado sobre la verdad.... El elemento de influencia de la actuación dolosa, existe cuando esta situación se encuentra en relación de causa a efecto (dolo causam dans).”

De igual manera la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de algunas Secciones del Consejo han precisado que ante el acto administrativo de carácter particular y concreto, obtenido con base en actuaciones ilegales y fraudulentas, la administración tiene la facultad de revocarlo directamente por las causales de la Ley 1150 de 2007.

“Es bien sabido que uno de los elementos definidores de la relación entre la Administración y los administrados es el de la confianza, por parte de éstos últimos, en que ella despliega su actuar dentro de un marco respetuoso de la seguridad jurídica. Y ello debe ser así como que ésta es un valor fundante del Estado de derecho, al punto que llega a confundirse con éste, como que se constituye en el esfuerzo más acabado de los hombres por racionalizar el ejercicio del poder a través del imperio de la ley. Con esa perspectiva el legislador dispuso que la revocatoria



directa, esto es el retiro del mundo jurídico de un acto administrativo, cuando éste es de carácter particular y concreto, no puede hacerse desconociendo los derechos adquiridos. Así lo dispone claramente el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo conforme al cual no se podrá hacer "sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". Sin embargo, añade que "Pero habrá lugar a la revocación de estos actos... si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales". Esta normativa ha de interpretarse en armonía con lo dispuesto por el artículo 58 Superior que garantiza "los derechos adquiridos con arreglo a las leyes". (Corte Constitucional, Sentencia T-436/98)

En forma reiterada la jurisprudencia de esta Corte con apoyo en las normas citadas y en la interpretación dada por el Consejo de Estado, ha dejado en claro que si bien es cierto que ha de mediar el consentimiento del particular afectado en orden a proceder a revocar un acto por cuya virtud se ha creado una situación jurídica de carácter particular y concreto, no es menos cierto que es viable ello cuando se trata de actuaciones ilegales y fraudulentas que ha precipitado la decisión de la administración sin apoyo en un justo título, y más tratándose de los procesos de selección de los contratistas, los cuales están llamado a rodearse de diversas garantías que permitan a los proponentes, presentar propuestas con el claro convencimiento de que el Estado para su escogencia acogerá con estricto rigor las reglas y principios que establece nuestra constitución y las normas de la contratación estatal.

Bajo criterios de justicia, equidad e imparcialidad, que no generen dudas de cabal cumplimiento de los principios constitucionales, que indicado la jurisprudencia de Corte Constitucional proferida el 28 de junio de 2001 en el proceso mediante el cual examinó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 5 de la Ley 190 de 1995 "por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa". Dijo así la citada sentencia:

"Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración, amen de tener en cuenta razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona mediante decisiones en firme, salvo una evidente violación del ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular.

En una circunstancia de manifiesta ilegalidad, sin embargo, la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza

legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

El acto administrativo que así lo declare deberá en todo caso hacer expresa mención de dicha circunstancia y de la totalidad de los elementos de juicio que llevaron al convencimiento de la administración, lo cual implica necesariamente la aplicación de un procedimiento que permita a la Administración reunir dichos elementos de juicio.”

De allí que la razón de la revocación del acto administrativo es la de no permitir que continúe vigente y produzca efectos un acto que es contrario al orden jurídico en el que no impera el principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la administración, obrando así en contra del cumplimiento de los fines del estado, atendiendo que en el caso concreto, las circunstancias descritas no se compasan con la realidad fáctica del proceso, la administración reitera que el cargo expuesto no está llamado a prosperar.

Problema II. ¿constituye un vicio invalidante de la actuación la publicación tardía de lo desarrollado y acontecido en la audiencia de asignación de riesgos?

La hipótesis de la Administración es que no, y lo expresaremos argumentativamente con los siguientes aspectos normativos, jurisprudenciales y fácticos a saber:

Sea lo primero señalar que no corresponde con la realidad, la mención de la falta de desarrollo de la audiencia de asignación de riesgos, la cual se desarrolló el día 13 de septiembre de 2019, todo ello de conformidad con las previsiones legales y lo dispuesto en el Pliego de Condiciones definitivo.

09

AUDIENCIA DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS Y ACLARACIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES

En atención a lo consignado en el Pliego de Condiciones Definitivo del Proceso de Selección LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC-SI-015-2019, a los trece (13) del mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019), a las 10:00 a.m., de acuerdo a lo establecido en el Cronograma del Proceso, el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR se constituyó en audiencia pública en las instalaciones de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA, con el fin de realizar la mencionada audiencia.

  **El progreso es de todos** 



| | | | | | |
|-------------------------------------|---|---|--------|---|------------------------|
| Documento Adicional | DOCUMENTO TECNICO DEL PROCESO- RESPUESTAS AI |  | 678 KB | 1 | 25-11-2019 08:27 PM |
|-------------------------------------|---|---|--------|---|------------------------|

**Tomado del SECOP*

La administración en el deber irrestricto del cumplimiento del mandato legal, ha reconocido, como lo hace la Sección Tercera del Consejo de Estado, que, a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales contratantes tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, estimación y asignación de riesgos. La norma en cuestión tuvo el propósito de que, conocidos oportunamente los riesgos previsibles, cuyos efectos económicos se distribuyen entre las partes contratantes, exista claridad para los proponentes sobre las condiciones bajo las cuales presentan sus ofertas, sin que puedan ser alegados desequilibrios derivados de dichos riesgos, temática sobre la cual el Consejo de Estado ha sostenido⁴

"Dentro del contexto legal vigente gravita este deber en los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, como aquellos de la Constitución Política previstos

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576)

en los artículos 2º, 13, 58, 83 y 90. Vale anotar que el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, relacionado con las derogatorias que se surten en virtud de la misma, eliminó a partir de su vigencia la expresión 'además de la obtención de las utilidades cuya protección garantiza el Estado' del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993', norma esta última que define al contratista como colaborador del Estado. Según parece la reforma realizada por la Ley 1150 de 2007 al estatuto de contratación pretende armonizar esta eliminación con la asignación de riesgos en el proceso de contratación que se ordena en su artículo 4 y, como corolario, generar efectos en la aplicación del equilibrio financiero del contrato, en el entendido de que dicha disposición o expresión había amparado reclamaciones de los contratistas por este concepto y bajo la égida de aquel principio. Sin embargo, lo cierto es que el equilibrio o equivalencia económica del contrato tiene como finalidad garantizar en equidad que durante su ejecución se conserven las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar, según la modalidad de contratación, figura que no debe entenderse que desaparece en virtud de la reforma, pues, aunque el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dicha ley no suprimió el concepto del contratista colaborador de la administración para el logro de los fines estatales, sobre el cual descansa el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, como tampoco los artículos 4, 5-1, 14-1, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, que permiten aplicar este principio ante todas aquellas situaciones que puedan romper la ecuación contractual"(virgulillas fuera del texto).

Todo ello atendiendo que⁵ (...) "El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad[50].

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio,

⁵ Ibídem



incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlo, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

Habiendo dicho lo anterior, resulta preciso acudir a lo dispuesto en el arts. 41 y 45 de la Ley 1437 de 2011 a saber:

ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.

ARTÍCULO 45. CORRECCIÓN DE ERRORES FORMALES. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.

Sobre el particular, la doctrina especializada señala⁶ “la configuración del vicio de forma corresponde analizarla dentro del contexto de la finalidad propuesta para los procedimientos administrativos, esto es, como garantía fundamental tanto para la administración como para los asociados. En este sentido, solo los defectos trascendentales de naturaleza formal o procedimental viciarán la validez de los actos administrativos. Es decir, solo se podrán determinar como anulables cuando falten o se desconozcas requisitos formales indispensables para lograr la finalidad propuesta o que frente a los asociados los inducen por los senderos de la indefensión. El vicio de forma carece, por sí mismo, de virtud invalidante si no es de aquellos que reúnen las características expuestas. Su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere identidad cuando su existencia ha desprotegido los derechos de los asociados, e incluso de la propia administración. (...)

En este sentido, la jurisprudencia y la doctrina colombianas han considerado que no toda anormalidad formal o procedimental constituye factor de irregularidad del acto administrativo. Se ha planteado, en consecuencia, la diferencia entre los llamados vicios

⁶ Santofimio Gamboa. Jaime. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Universidad Externado de Colombia.

de forma sustanciales y los accidentales. (...) los vicios procedimentales de manera accidental, son aquellos de menor entidad, que no acarrearán nulidad del acto. Son aquellas omisiones de formalidades cuyo incumplimiento no podría, en la realidad fáctica (sic), alterar de manera algunas garantías de los administrados. En el decir del Consejo de Estado, "... una omisión de carácter formal {...} que no inciden en la decisión material al alterar la expresión de la voluntad configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo"

En este orden de ideas, resulta palmario que (i) se desarrolló la audiencia de asignación de riesgos conforme a lo dispuesto en la Ley y el pliego de condiciones, por tanto, se atendió la disposición legal y la administración desarrolló una audiencia que busca la discusión en relación con uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en disponer para la discusión el estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera fundamentada se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público; (ii) una vez se advirtió que no se había procedido a la publicación del mencionada acta, atendiendo lo dispuesto en el art.41 y 45 el Cpac antes transcritos, la entidad procedió la publicación inmediata, logrando con ello superar cualquier circunstancia; (iii) la realidad fáctica (como lo menciona el tratadista) pone de presente que no existe omisión alguna de tipo invalidante, pues, la audiencia se desarrolló en el día, lugar y hora previstos. Al tiempo, resulta pertinente poner de presente al solicitante que el artículo 228 de la Constitución establece la primacía de lo sustancial sobre lo formal. De dicha norma se desprende el principio de instrumentalidad de las formas, según el cual, antes que la observancia absoluta de la misma, debe atenderse al cumplimiento de su finalidad -de ahí su instrumentalidad-. De ello resulta que una aparente irregularidad procedimental (que reiteramos no existió, al hacer uso del instrumento del art. 41 y 45), a fin de afectar la estructura del proceso, ha de tener por consecuencia la no realización del fin perseguido por la forma. Es decir, únicamente se considera que la irregularidad impida la realización del elemento sustancial protegido por la forma para degenerar en aspectos de nulidades, o como en el caso expresados, de obtención por medios ilegales; y en el caso en concreto, deviene palmario que en la oportunidad común se desarrolló la audiencia obligatoria dentro del proceso de selección, con miras a que los oferentes discutieran sobre la asignación, probabilidad, la regulación que busca trasladar los riesgos a aquellos que están en la mejor posición de manejarlos o disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación, con lo que se asegura que la parte que posea una mayor capacidad para reducir los riesgos y sus costos, tenga los incentivos adecuados para hacerlo.

Por lo tanto, la audiencia se cumplió de manera ostensible y perspicua.

Problema III. ¿SE EVIDENCIA ACTO COLUSORIO COMO RESULTADO DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO LICITATORIO DE LOS PROPONENTES N°23 Y 24?

Cuando los oferentes, en su afán por obtener la adjudicación de un contrato, se apartan de la sana competencia y empiezan a realizar actos individuales o acordados con el fin de no competir, el sistema de mercado se distorsiona. Por lo anterior, el Decreto 2153 de 1992 prohíbe los acuerdos que se presentan entre los proponentes para no competir, para la distribución de adjudicaciones de contratos, para la distribución de concursos o para la fijación de términos de las propuestas.

Cabe destacar que esta entidad al concurrir al mercado en la búsqueda de bienes y servicios por medio de un proceso contractual, lo hace como un consumidor más; sin embargo, a diferencia de los particulares, la formación de su voluntad no atiende a una mera liberalidad de designio, sino que está reglada y se construye mediante el seguimiento de etapas o formas enmarcadas en diversas modalidades de selección de contratistas; siempre bajo el imperio del deber de selección objetiva. Por tanto las normas de contratación buscan que la selección del contratista sea resultado de un análisis objetivo de las propuestas, desprovisto de consideraciones subjetivas por parte de los funcionarios encargados del proceso de selección y libre de la posible manipulación de los propios oferentes.

En consideración de lo manifestado por el solicitante, se entró a verificar, en los términos del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, al disponer que: “El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas” a constatar si los proponentes N° 23 Y 24 incurrieron en una eventual conducta colusoria, debido a que el supuesto único accionista de la sociedad **PAZ CONSTRUCCIONES SAS**, ostenta a su vez la calidad de representante legal de la sociedad **EQUIPOS Y OBRAS CIVILES S.A.S.**, la cual integra el **CONSORCIO ARJONA GAMBOTE I.E. 2019**.

Sin embargo, dos aspectos son tenidos en cuenta para analizar la anterior afirmación a saber:

1. El **FORMATO 1 — CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA** en la cual se debe registrar la composición accionaria así:



| El Proponente es: | Persona Natural ___ Persona Jurídica Nacional ___ Persona Jurídica Extranjera sin sucursal en Colombia ___ Sucursal de Sociedad Extranjera ___ Unión Temporal ___ Consorcio ___ Otro ___ | | | | | | | | | |
|--------------------------------|---|--------------------------------------|---|--------------------------------------|--|--|--|--|--|--|
| Grupo empresarial: | El Proponente o alguno de los miembros del Proponente plural pertenece a un grupo empresarial: sí ___ no ___ Nombre del Grupo Empresarial: _____ En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, la participación en el grupo empresarial es en calidad de: Matriz ___ Subsidiaria ___ Filial ___ Subordinada ___ Otro (indicar cuál) _____ | | | | | | | | | |
| Composición accionaria: | El Proponente cotiza en bolsa: sí ___ no ___ Composición Accionaria del Proponente o de las personas jurídicas que lo integran (lo anterior <input checked="" type="checkbox"/> aplica para las sociedades anónimas abiertas): <table border="1" data-bbox="576 900 1347 1120"> <thead> <tr> <th data-bbox="576 900 787 981">Porcentaje Participación</th> <th data-bbox="787 900 1088 981">NIT, Cédula o Documento de Identificación</th> <th data-bbox="1088 900 1347 981">Nombre o Razón social del Accionista</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="576 981 787 1061"> </td> <td data-bbox="787 981 1088 1061"> </td> <td data-bbox="1088 981 1347 1061"> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="576 1061 787 1120"> </td> <td data-bbox="787 1061 1088 1120"> </td> <td data-bbox="1088 1061 1347 1120"> </td> </tr> </tbody> </table> | Porcentaje Participación | NIT, Cédula o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionista | | | | | | |
| Porcentaje Participación | NIT, Cédula o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionista | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | | |

**Tomado del documento Pliego Tipo, colombia compra eficiente*

Al constatar el documento de la propuesta la misma arroja lo siguiente:



| PAZ CONSTRUCCIONES SAS | EQUIPOS Y OBRAS CIVILES S.A.S. | | | | | | | | | | | | |
|---|---|--------------------------------------|---|--------------------------------------|------|---------|--------------------------------------|--------------------------|---|--------------------------------------|------|------------|----------------------------|
| <p>PAZ CONSTRUCCIONES SAS</p> <p>13. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>14. Los señalamientos de los señalamientos a dicho proceso de licitación.</p> <p>15. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>16. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>17. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>18. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>19. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>20. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>21. El Proponente declara que el presente documento "Acta de entrega formal" es válido en el pliego de licitación.</p> <p>22. Autoriza que la Entidad consulte la información comercial o financiera pertinente para el Proceso de Contratación, bajo el entendido que la Entidad debe guardar confidencialidad sobre la información sujeta a reserva.</p> | <p>EQUIPOS Y OBRAS CIVILES S.A.S.</p> <p>CONSORCIO ARJONA GAMBOTTE I.E. 2019</p> <p>Persona Natural... Persona Jurídica Nacional... Persona Jurídica Extranjera... Entidad de Gobierno... Consorcio... Otro...</p> <p>El Proponente es el grupo de personas del Proponente que conforma el grupo empresarial... En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, la participación en el grupo empresarial es en cantidad de: <input type="checkbox"/> Mayor <input type="checkbox"/> Menor <input type="checkbox"/> Igual <input type="checkbox"/> Subordinada <input type="checkbox"/> Otro (indicar cuál)...</p> <p>Composición ACCIONARIA del Proponente de las personas jurídicas que lo integran (o similar no aplica para las sociedades no jurídicas):</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Porcentaje Participación</th> <th>NIT, Código o Documento de Identificación</th> <th>Nombre o Razón social del Accionario</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>100%</td> <td>9299150</td> <td>CONSAR ASISTIDO GAMBOTTE ROSARIO AND</td> </tr> </tbody> </table> <p>EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES DEL CARIBE S.A.S.</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Porcentaje Participación</th> <th>NIT, Código o Documento de Identificación</th> <th>Nombre o Razón social del Accionario</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>100%</td> <td>1055583345</td> <td>ARMANDO BARRAZA LEON LUQUE</td> </tr> </tbody> </table> <p>Autoriza que la Entidad consulte la información comercial o financiera pertinente para el Proceso de Contratación, bajo el entendido que la Entidad debe guardar confidencialidad sobre la información sujeta a reserva.</p> | Porcentaje Participación | NIT, Código o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionario | 100% | 9299150 | CONSAR ASISTIDO GAMBOTTE ROSARIO AND | Porcentaje Participación | NIT, Código o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionario | 100% | 1055583345 | ARMANDO BARRAZA LEON LUQUE |
| Porcentaje Participación | NIT, Código o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionario | | | | | | | | | | | |
| 100% | 9299150 | CONSAR ASISTIDO GAMBOTTE ROSARIO AND | | | | | | | | | | | |
| Porcentaje Participación | NIT, Código o Documento de Identificación | Nombre o Razón social del Accionario | | | | | | | | | | | |
| 100% | 1055583345 | ARMANDO BARRAZA LEON LUQUE | | | | | | | | | | | |

Adicionalmente, mediante acta de Asamblea 016 de 09 de febrero de 2018 (ultima registrada en camara de comercio por involucrar una reforma estatutaria) se registra lo siguiente:

ACTA No 016
ASAMBLEA EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS
PAZ CONSTRUCCIONES S.A.S.
NIT. 900.789.716-6

En la ciudad de Valledupar, a los nueve (09) días del mes de Febrero del año dos mil dieciocho (2018), siendo las 09:00 a.m., se reunió la Asamblea de Accionistas de la sociedad PAZ CONSTRUCCIONES S.A.S. en las oficinas de la misma, ubicadas en la Cra 19 No. 9A - 55, previa convocatoria del gerente de la sociedad, LUIS ARMANDO MARTINEZ CALLEJAS, efectuada el día primero (1º) de Febrero del presente año, para desarrollar el siguiente orden del día:

- PRIMERO. Verificación del quórum.
- SEGUNDO. Elección del presidente y secretario de la asamblea.
- TERCERO. Reforma de estatutos.
- CUARTO. Lectura y aprobación del acta.

PRIMERO. VERIFICACION DEL QUORUM.

El gerente verifica el quórum de la asamblea, estando presentes los siguientes accionistas:

| NOMBRE COMPLETO | IDENTIFICACION | % DE PARTICIPACIÓN SOCIAL |
|-----------------------|----------------|---------------------------|
| Luis armando Martínez | 17.145.651 | 100% |
| | | TOTAL 100% |

SEGUNDO. ELECCION DEL PRESIDENTE Y SECRETARIO DE LA ASAMBLEA

Fueron nombrados por unanimidad los señores LUIS ARMANDO MARTINEZ CALLEJAS y CAROLINA MONTES GOMEZ, como Presidente y Secretario de la asamblea respectivamente.

Aprobado por unanimidad.

3. REFORMA DE LOS ESTATUTOS

a) Aumento del Capital Autorizado: El presidente informo la necesidad de aumentar el capital autorizado de la empresa a la suma de NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/L, (\$ 940.000.000).

**tomado de consulta virtual de expedientes. Camara de Comercio*

Así las cosas, ambos documentos analizados, dan cuenta que el 100% de la participación accionaria de Paz Construcciones SAS corresponden al señor LUIS ARMANDO MARTINEZ y no al señor CESAR AUGUSTO CARABALLO ROSENSTANG.

En este orden de ideas, no se evidencia el acto colusorio aludido, puesto que el señor Cesar Caraballo Rosenstang no ostenta la calidad de accionista de la sociedad PAZ CONSTRUCCIONES SAS, lo cual fue revisado en su momento por el comité evaluador y

constatado por este servidor para dar trámite a esta revocatoria.

Por demás, resulta importante poner de presente que la colusión no es un aspecto de poca monta, se recuerda que con la adopción del modelo de Estado Social de Derecho en la Constitución de 1991, se incorporó también en la Constitución Económica el modelo de economía social de mercado, en virtud del cual se reconocen en cabeza de los ciudadanos las libertades económicas desarrolladas expresamente en el artículo 333 de la Constitución Política, estas son: la libertad de empresa e iniciativa privada y la libre competencia.

Al respecto, la Corte ha sostenido lo siguiente:

*"(...) el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general."*⁷

La libertad de empresa también denominada como *libre iniciativa privada*, se concibe como aquella *"libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia."*⁸ El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial —la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer— y el instrumental —a través de una organización económica típica—, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.⁹ También implica tanto la libertad contractual —es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica— como la libre iniciativa privada.

⁷ Sentencia Corte Constitucional C-032 de 2017. MP.: ALBERTO ROJAS RÍOS, Expediente D-11430.

⁸ Sentencia Corte Constitucional C-524 de 1995, M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

⁹ Sentencia Corte Constitucional C-228 de 2010. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Expediente D-7865.

Precisamente uno de los aspectos que inciden en mayor grado en la formación de la voluntad de las entidades estatales es la garantía de cumplimiento de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, igualdad, buena fe (Ley 80 de 1993) y eficiencia (Ley 1150 de 2007); así mismo, se enuncia la obligatoriedad de aplicación de lo que el tratadista Juan Carlos Expósito denomina la *zona común de la contratación estatal*, refiriéndose al mandato establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que estatuye el deber de aplicación, tanto para las entidades sometidas al Régimen de Contratación de la Administración Pública como para aquellas que no lo están, de los artículos 209 (principios de la función administrativa) y 269 (normas de la gestión fiscal) de la Constitución Política, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el bloque de legalidad que las precisa.

Lo anterior, dentro del marco de una libre competencia entre los oferentes y con el propósito de seleccionar la oferta más favorable a los intereses de la administración y a los fines que esta pretende alcanzar.

La colusión entendida como un pacto ilícito en detrimento de los intereses de terceros situación que fue elevada a la categoría de delito en la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción- en tanto fue considerado su impacto en la administración pública y como sus efectos llegaban a poner en riesgo los fines mismos del estado:

Artículo 27.. Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410 A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

El Estatuto General de Contratación Pública dispone de unos ciertos mecanismos, para que cuando el Estado decida celebrar un contrato, en pro de la satisfacción de las necesidades de los administrados, los particulares que concurren a su convocatoria

compitan en condiciones de igualdad y se logre además el menor costo posible en aras de economizar recursos y esfuerzos.

Claro es que la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre dos o más actores del mercado, impacta los fines del Estado pues la competencia se realiza finalmente sobre recursos públicos, reprochable es además que la situación que se crea de monopolio permita que solo unos pocos maximicen sus beneficios (utilidad) en detrimento como se dijo de interés general, pues la Constitución Política de Colombia de manera acertada instituyó un adecuado equilibrio entre libertades económicas individuales y el bien común.

Conforme lo venimos afirmando, las normas de contratación pública y aquellas de la zona común aludidas anteriormente buscan que la selección del contratista sea resultado de un análisis objetivo de las propuestas, desprovisto de consideraciones subjetivas por parte de los funcionarios encargados del proceso de selección y libre de la posible manipulación de los propios oferentes; esto con el propósito de que la oferta escogida sea la más favorable a las necesidades planteadas por la administración al momento de contratar.

En este sentido, la entidad recuerda a los observantes que la calificación de conductas como de carácter delictivo - bajo el entendido de principio de legalidad de la actuación administrativa-, corresponde a quien las disposiciones legales atribuye la competencia para el mismo, y bajo la premisa de los artículos 29 y 83 constitucionales, la entidad no puede entrar a prejuzgar, correspondiendo a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, los jueces de la República y la Superintendencia juzgar la existencia o no de conducta delictiva, que se reitera, para el caso en concreto, no se evidencia, ni con carácter indiciario, pues dos pruebas allegadas y verificadas dan cuenta que el señor Cesar Caraballo Rosenstang no ostenta la calidad de accionista de la sociedad PAZ CONSTRUCCIONES SAS.

En todo caso, atendiendo que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección es del jefe o representante de la entidad estatal, según el artículo 26 numeral 5º del estatuto de contratación Pública, y en tal virtud le compete velar porque la contratación se lleve a cabo con el pleno cumplimiento del ordenamiento legal y la debida aplicación del principio de transparencia, sin que ello signifique que está obligado a presumir las motivaciones de los proponentes y demás partícipes de la contratación, por cuanto tal obligación no se encuentra dentro de sus competencias asignadas por la ley¹⁰, pondremos de presente a

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá D. C., tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008) Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00085-00(1932)

la autoridad competente los hechos aquí denunciados para su correspondiente investigación.

En virtud de lo anterior se

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. NO REVOCAR la RESOLUCION No. 1155 de 26 de noviembre del 2016

ARTICULO SEGUNDO. Notifíquese a los solicitantes de conformidad con lo establecido en los Artículos 66 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

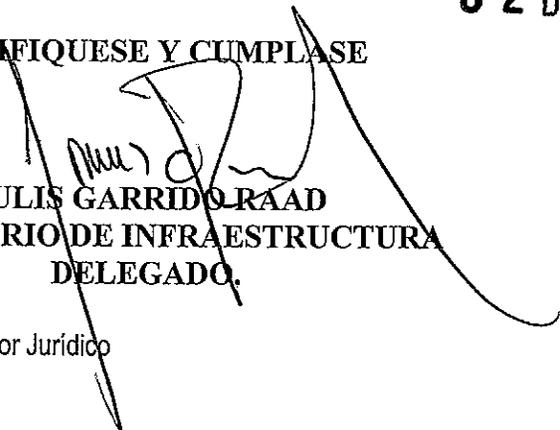
ARTICULO TERCERO. Publíquese el presente acto administrativo en el portal único de contratación www.contratos.gov.co

ARTICULO CUARTO. Contra la presente no procede recurso alguno.

02 DIC. 2019

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado a los


DULIS GARRIDO RAAD
SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA
DELEGADO.

Proyecto: Juan Mauricio González - Asesor Jurídico