

**INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE DEL PROYECTO DE LEY
NO. 084 DE 2016 "POR EL CUAL SE ADICIONAN, MODIFICAN Y DICTAN
DISPOSICIONES ORIENTADAS A FORTALECER LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
EN COLOMBIA".**

Bogotá D.C., Septiembre 22 de 2016.

Doctor
CARLOS FERNANDO MOTOA
Presidente - Comisión Primera
Senado de la República
Ciudad

*Ref. Informe de ponencia para primer debate del
proyecto de ley No. 084 de 2016 senado.*

En cumplimiento del honroso encargo para el cual me ha designado la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, de manera atenta rindo informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley No. 084 de 2016 Senado "Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia".

La presente ponencia consta de los siguientes capítulos:

- i) Trámite.
- ii) Objeto y contenido del proyecto de ley.
- iii) Justificación de la iniciativa.
- iv) Pliego de modificaciones y adiciones al proyecto de ley No. 084 de 2016 Senado "Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia".
- v) Proposición

YFA
21-09-16
5:00

i) Trámite.

El proyecto de ley objeto de estudio fue presentado por el Ministro de Transporte, doctor Jorge Eduardo Rojas Giraldo, el pasado 8 de agosto y publicado en la Gaceta No. 605 de 2016.

ii) Objeto y contenido del proyecto de ley.

El Gobierno Nacional presenta iniciativa legislativa con el ánimo de realizar unas modificaciones en el marco legal de la contratación administrativa en Colombia, justificando su proceder en combatir el flagelo de la corrupción que se afianza en la gestión contractual de las entidades públicas del país.

Ahora bien, una vez se asignó este proyecto de ley, nos propusimos instar unas mesas de trabajo con representantes del Gobierno Nacional, autores de esta iniciativa, todo esto con el ánimo de auscultar el verdadero propósito de esta reforma; fue en ese escenario, donde nacieron unas modificaciones y unas adiciones al texto originalmente propuesto, todas estas verificadas y avaladas por el Ministerio de Transporte. Con estas modificaciones al texto original, se pretende otorgar mejores condiciones de utilidad normativa, utilidad enfocada a afrontar la coyuntura especial del país donde se están acometiendo grandes proyectos de infraestructura vial encaminados a generar competitividad y desarrollo nacional.

Por último, es del caso informar la advertencia hecha por el gobierno nacional que explica que si bien es cierto unos sectores defienden una reforma estructural al régimen de contratación pública en Colombia, también lo es que tal reforma sustancial “resultaría inconveniente para la confianza inversionista y pondría en riesgo la estabilidad jurídica de los grandes proyectos que se están ejecutando”.

iii) Justificación de la iniciativa.

El 29 de marzo de 1996 Colombia suscribió la Convención Interamericana Contra La Corrupción, tratado multilateral que en su preámbulo dispuso:

“LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente (...).”

En el desarrollo del texto normativo de esa convención interamericana contra la corrupción, los Estados parte se comprometieron a implementar todas las medidas necesarias para honrar la transparencia y el decoro de la función administrativa, inclusive el artículo VI tipifica unos eventos de corrupción específicos¹, sucesos que se presentan reiterativamente en el día a día de la contratación pública colombiana.

¹CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Artículo VI .Actos de corrupción. 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;

De hecho nuestra Carta Política exige que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y opere con arreglo a la moralidad.²

El Consejo de Estado ha definido el principio de transparencia como: *“Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.”*

Queda clara la altísima responsabilidad del Estado colombiano a la hora de ejercer la función administrativa en aras de cumplir con el deber de moralidad, transparencia, honradez y pundonor; esos deberes elementales se han venido echando de menos en la práctica contractual pública de las entidades a punto de generarse un descrédito en la percepción popular de la contratación estatal del país.

En ese orden de ideas, urge respaldar toda suerte de proposiciones que intenten mejorar los estándares de transparencia y combatan la corrupción de la contratación estatal.

Es un hecho cierto la importancia que tiene la contratación estatal en Colombia, pues además de ser la herramienta más concreta para satisfacer las necesidades de la población, se ha estructurado como pieza clave en el desarrollo económico del país, pues ella comporta buena porción de su PIB. Tal como lo informa el Ministerio de Transporte “durante los últimos años Colombia le ha apostado a la inversión en materia de infraestructura, con la única finalidad de construir un entorno propicio para la competitividad. De

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

²CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

esta manera, en el bienio que esta por culminar, se han adjudicado diferentes proyectos viales y aeroportuarios, cuyas inversiones ascienden a más de 50 billones de pesos, cifra record en la historia del país"; sin lugar a dudas, el proyecto vial nacional se consolida como el reto de la contratación estatal más importante de acometer en estos tiempos.

De conformidad con lo anterior, y poniendo de presente la actualidad nacional, no podemos desconocer la apuesta a la mejora de la infraestructura vial como una de las prioridades del país; por esto, vimos la necesidad de acompañar la reforma a la contratación administrativa con una reforma a la ley de infraestructura, ley 1682 de 2013, pues estos mega proyectos viales son el referente contractual más paradigmático en la coyuntura que vive nuestra Nación y el efecto útil de esta reforma sólo se evidenciaría si concurren estos dos propósitos.

Con base en las consideraciones expuestas, a continuación se presentan los principales temas desarrollados en el proyecto de ley:

- **Determinación legal de la competencia en cabeza del Gobierno Nacional para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo en la contratación estatal.**

La estandarización es presupuesto de transparencia; ya la OCDE y el derecho comparado han recomendado esta estrategia como instrumento de rechazo a la corrupción³; la discrecionalidad tendenciosa ejercida por muchas entidades públicas han dado lugar al direccionamiento de licitaciones para que se las ganen proponentes cercanos a los afectos del ordenador del gasto respectivo, con la problematización de que en varios de esos casos, tales contratistas no han cumplido con los objetos contractuales encomendados y no se han satisfecho los intereses de la comunidad.

³ MALVERSACIÓN DE FONDOS EN INVERSIÓN PARA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA. YUNAYS RUENDES DÍAZ Bogotá – 2014.

“La corrupción en sus diferentes manifestaciones es el mayor impedimento para que un país tenga un buen crecimiento social y económico. Su aplicación no solo perjudica los recursos del Estado habilitados para satisfacer las carencias de sus habitantes, agudizando los problemas de pobreza en el país, sino que también obstaculiza la inversión y en consecuencia impide el desarrollo económico. La corrupción está definida como extralimitación del poder público para beneficio propio o a terceros. En Colombia este fenómeno delictivo en contra de los recursos de la Nación es muy común.

Partiremos por declarar este artículo como de importancia estratégica para combatir la corrupción en el país; en este artículo vimos preciso introducir una modificación procedimental pues no compartimos que se entregara esta facultad de desarrollar estándares y documentos tipo para la contratación a la Agencia Pública Colombia Compa Eficiente, pues desconocería la potestad reglamentaria constitucional que ostenta el presidente de la República en estos asuntos.

El Consejo de Estado, mediante auto del 1 de abril de 2009, Radicación: 2009-00024-00(36476), providencia confirmada el 27 de mayo de 2009 en el estudio, análisis y decisión de un caso similar dispuso que la potestad reglamentaria (art. 189 #11 CP) de la contratación administrativa únicamente reside en el presidente de la República por expreso mandato constitucional, y el hecho de que autoridades distintas al presidente, traten de reglamentar la contratación pública en Colombia es reprochable y prohibido.

Es por lo anterior que si bien es cierto se conservó la esencia de la norma, la potestad reglamentaria se entregó al Gobierno Nacional – presidente de la República para que sea esta autoridad quien adopte estos documentos tipo y estándares de contratación.

Por último, compartimos la posición del autor de este proyecto de ley en el sentido de que esta norma no contraría el principio de autonomía de los entes municipales puesto que la Corte Constitucional ha precisado que la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, sino que por el contrario, está delimitada por los alcances que fije el legislador, dentro de los límites mínimos y máximos consagrados en la Constitución Política.

Por tanto, y de conformidad con el ordenamiento constitucional y legislativo expuesto, la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación pública, está determinada por las normas del orden nacional, incluyendo el artículo 1 que se propone en el presente proyecto de Ley, por el cual se faculta al Gobierno Nacional para que estandarice los documentos que han de aplicarse en los procesos de contratación pública en todo el país.

● **Prohibición a las entidades estatales para contratar consultorías de**

estudios y diseños e interventorías en ingeniería a través de contratos interadministrativos con las Universidades Públicas.

Esta ponencia comparte el espíritu e intención del texto propuesto; estamos de acuerdo en que las instituciones educativas de educación superior si quieren celebrar un contrato de obra, interventoría de obra, consultoría en ingeniería para obra deben participar en igualdad de condiciones con otros proponentes en las correspondientes licitaciones públicas o concursos de méritos, reprochamos la cuestionada práctica en la cual este tipo de instituciones realiza contratación directa sin que medio proceso de selección alguno para ejecutar este tipo de obras y consultorías propias del gremio de la ingeniería.

Sin embargo, también somos conscientes de que esta norma que inicialmente fue contemplada en la ley 1150 de 2007 fue modificada por el estatuto anticorrupción (ley 1474 de 2011); el estatuto anticorrupción fue uno de los logros recientes más representativos de nuestro ordenamiento jurídico, ya que concretó el esfuerzo nacional por combatir la corrupción de manera frontal.

Este ponente no ve conveniente que se flexibilicen disposiciones insertas en esta normativa, pues ello sería desconocer los avances que la ley ha ofrecido a la sociedad para generar confianza y decoro en la función administrativa.

Por ello, en lo concerniente a este artículo, si bien es cierto se autoriza una pequeña modificación en aras de prohibir que las instituciones públicas de educación superior contraten directamente actividades del sector de la ingeniería, se presenta esta ponencia conservando el texto modificado por la ley 1474 de 2011 en su integridad.

Sea el momento para informar que se descartaron tres (3) artículos que traía el proyecto original, los cuales pretendían:

- modific
ar el art. 5 del estatuto anticorrupción en el cual se estableció que quien sea contratista de obra no puede ser interventor en la misma entidad. El artículo propuesto modifica lo anterior en el sentido de solamente prohibir al contratista de obra ser interventor de esa misma obra.

- Modific
ar el art. 82 del estatuto anticorrupción que establece el alcance de la responsabilidad del interventor; se propuso que los interventores ya no

respondan por los hechos u omisiones ocasionadas en el contrato al que se le hace interventoría, sino que solamente responderán en el marco del contrato de interventoría.

- Modific
ar el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 en el entendido que los interventores ya no respondan por los hechos u omisiones ocasionadas en el contrato al que se le hace interventoría, sino que solamente responderán en el marco del contrato de interventoría.

Estos artículos fueron descartados en esta ponencia porque como ya se explicó, estas normas están contenidas en el estatuto anticorrupción y como tal no convenimos en flexibilizar las disposiciones allí contenidas pues las mismas comportan un avance legislativo que ya el ordenamiento jurídico se apropió con benevolencia. Esta suerte de inhabilidades deben respetarse.

Adicional a lo anterior, se desnaturalizaría el contrato de interventoría ya que por su característica de ser un contrato accesorio, o sea que su existencia se supedita a la existencia de un contrato principal (al que se le hace interventoría), se desconocería el fin mismo del interventor, cual es hacer vigilancia a un contrato y responder por la buena ejecución del mismo; en caso de eliminar la responsabilidad acaecida sobre los hechos y omisiones del contrato principal, no tendría razón de ser la interventoría.

- **Normas**
para el fortalecimiento, eficiencia y transparencia de la contratación pública.

Los artículos 3, 4, y 5 han sido reputados como convenientes pues son garantías del fortalecimiento de los postulados de transparencia y selección objetiva en la contratación del Estado.

Primera parte.

Para nadie es un secreto que se la publicación del precio de las ofertas participantes en una licitación pública el día del cierre del proceso ha facilitado las prácticas colusivas y la confabulación entre proponentes, dejando a la entidad contratante en una posición desventajosa y dificultándole cumplir con su carga de tratar igualitariamente los proponentes.

La manera más expedita de superar esta situación, es disponer que la oferta constará a partir de la fecha en dos (2) sobres, el primero que contendrá los requisitos habilitantes y los documentos calificables y el segundo que contendrá únicamente la oferta económica. El primer sobre se abrirá en la audiencia de cierre de la licitación y el segundo sobre se abrirá en la audiencia de adjudicación.

Como novedad insertamos el deber implementar un sistema electrónico de custodia del sobre 2 o de la oferta económica a la agencia pública Colombia Compra Eficiente ya que más del 90% de las entidades sometidas al estatuto general de contratación pública son entidades de presupuestos exiguos, por ende contar con la infraestructura (urnas y custodia de las propuestas) para cumplir con este artículo, hace de difícil obediencia la regla de custodia del sobre de la oferta económica; adicional a lo anterior y por la experiencia reciente, se duda mucho de actuaciones con responsabilidad y transparencia si se tiene el sobre de la propuesta económica en poder de la entidad por varios días.

A título meramente indicativo conservamos la expresión "sobre" para referirnos a la oferta económica, no queriendo desconocer que cuando se implemente el sistema electrónico de custodia no se subirán a la herramienta tecnológica "sobres" sino la propuesta económica.

Segunda parte.

Se considera muy conveniente la existencia de un informe de evaluación final, que resulte posterior al debate que genere el informe de evaluación inicial, esto con el ánimo de generar eficacia en los procesos contractuales, cumpliendo con el principio de economía plasmado en la ley 80 de 1993.

En este artículo 4 se suprime la expresión de que el informe de observación queda en firme y se suprime la limitación relativa a que los proponentes en la audiencia solo pueden discutir la oferta económica. Esto afecta el debido proceso administrativo pues no puede quedar un informe de evaluación en firme sin haber dado oportunidad a las partes de discutirlo y en esos términos no se puede adicionalmente limitar la posibilidad de discutirlo en la audiencia de adjudicación.

Tercera parte.

El precio se ha consolidado como la fórmula de transparencia más efectiva utilizada por las entidades públicas porque en la mayoría de los casos utiliza el azar para su calificación y puntuación. Si bien es cierto, se autoriza en esta ponencia que en los contratos de obra se eliminen los factores técnicos en la calificación, se deja una salvedad a título de exceptiva en la cual el gobierno nacional reglamentará cuando sería dable proceder de manera contraria dependiendo de la complejidad de la obra a contratar.

Esta propuesta se fundamenta principalmente por el uso indebido que se otorgó a este factor en los procesos de selección. Lastimosamente, han sido varios los procesos de selección en los cuales las entidades han utilizado este elemento para direccionar los procesos de selección, mediante la exigencia de requisitos desmedidos que únicamente pueden ser cumplidos por unos cuantos oferentes.

También se justificó en este artículo:

- Que la subsanabilidad solo se podrá ejercer dentro del término de traslado del informe inicial de evaluación, esto es dentro de los 5 días hábiles que dura publicado el informe de evaluación. La subsanabilidad muy a pesar de ser declarada como un derecho del proponente se había utilizado tendenciosamente, ocultando documentos subsanables hasta antes de la audiencia de adjudicación dependiendo de la conveniencia del proponente, esta práctica lejos de ser una garantía pasó a ser un factor de confabulación entre proponentes.

Sobre este particular es necesario precisar que de conformidad con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, el plazo para que los proponentes entreguen los documentos y la información subsanable es aquel que de manera perentoria y preclusiva fije la entidad pública antes de la adjudicación, en los siguientes términos:

“Además de las ideas que se viene citando de la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986-, la misma providencia expresó que en vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de

2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, la Sala insistirá hará la siguiente precisión:

La expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son "preclusivos y perentorios" es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno.

(...)

En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. **No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen.** De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada -por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla - sin exceder el día de la adjudicación-. **Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede,** salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección."⁴ (Resaltado propio)

⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 3 de junio de 2015 Exp. 31211. C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, el plazo para que los oferentes puedan subsanar los requisitos de las propuestas que no afectan la asignación de puntaje, no es hasta el momento de la adjudicación, ni a discreción del proponente, sino por el contrario, es dentro del plazo que la entidad pública determine, bien sea en los pliegos de condiciones o en un acto administrativo posterior y que en todo caso de ser anterior a la audiencia de adjudicación.

Como se puede observar, no existe en principio una razón de peso para realizar esta modificación, toda vez que la norma vigente es suficientemente clara en este aspecto. Sin embargo, en la medida en que existe una interpretación contraria que está siendo aplicada de forma generalizada, es necesario eliminar cualquier tipo de interpretación que afecte los principios de eficiencia y transparencia, por lo cual se propone modificar el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, obligando a los proponentes a entregar la información susceptible de subsanación dentro de un plazo perentorio, antes de la audiencia de adjudicación y únicamente a solicitud de la entidad contratante.

- La póliza de seriedad de la oferta deberá entregarse con la oferta, so pena de rechazo de la misma. Esta se ha constituido como otra práctica maliciosa de los proponentes que se guardan la entrega de la póliza hasta determinar si conviene o no entregarla en aras de favorecer los intereses de otro oferente. Cabe recordar que esta regla ya había sido establecida por un decreto reglamentario, sin embargo había sido derogada.

- Se acepta la experiencia adquirida por los proponentes mediante contratos con particulares. Algunas entidades ya lo aceptan, y algunos órganos de control lo han venido recomendando.

tiene por objeto crear un incentivo para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas de ingeniería.

Actualmente, no existe norma que obligue a las entidades contratantes a aceptar la experiencia que acrediten los proponentes, como resultado de la ejecución de contratos entre privados. La falta de este tipo de políticas, condena a las Pymes de ingeniería a cumplir un rol secundario en la ejecución

de grandes proyectos de infraestructura, por cuanto "carecen" de la experiencia solicitada por las entidades contratantes.

Es necesario tener en cuenta además, que contrario al pensamiento colectivo, el sector de la ingeniería se caracteriza por tener empresas de pequeño y mediano tamaño en un porcentaje superior al 90%⁵. Por lo tanto, de no implementarse este tipo de medidas, en el mediano plazo las grandes empresas de ingeniería no darán abasto para suplir la demanda de ofrecimientos públicos, por lo cual, el rol de las Pymes de infraestructura será fundamental para superar el rezago que se presenta en el sector, pero ello sólo será posible si se acepta la experiencia de los subcontratistas adquirida en la celebración de contratos entre privados.

- **CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL EN PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES**

Si bien es cierto, en nuestro criterio, el estatuto de contratación administrativa permitiría que se publiquen proyectos de pliegos de condiciones sin que exista certificado de disponibilidad presupuestal, esta conclusión se asume por vía de interpretación normativa, por ello, la consolidación de una norma que así lo disponga sería muy conveniente a efectos de generar seguridad jurídica y dinamismo en los procesos de selección.

- **ADQUISICIÓN DE INMUEBLES REQUERIDOS PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE**

La Constitución Política Colombiana, en su artículo 58 establece:

ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

⁵ "En Colombia existen más de 845.000 empresas registradas en las Cámaras de Comercio. Si a éstas le sumamos 1,9 millones de personas naturales registradas, encontramos que el número total de empresas asciende a 2,7 millones. El 94,9% de estas empresas son micro, un 4,8% son Pymes y las grandes empresas sólo representan el 0,3% de la estructura empresarial" Ibidem. Pág. 19.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Negrilla y Subrayado fuera de texto original).

El precepto constitucional determina que la propiedad privada no es absoluta y debe ceder ante el interés social. Con fundamento en la disposición citada, el legislador ha expedido diversas normas para armonizar el interés social con el particular, en materia del derecho de propiedad encontramos la Ley 9 de 1989, 388 de 1997, en específico para infraestructura de transporte se han expedido la Ley 105 de 1993 que en el artículo 35 autoriza al Gobierno Nacional para decretar la expropiación administrativa con indemnización, Ley 1450 de 2011, 1682 de 2013 y 1742 de 2014.

La ley 388 de 1997 reguló el concepto de utilidad pública o interés social en esta materia, así:

“e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo;”

La adquisición y disposición de predios requeridos para proyectos de infraestructura de transporte es un tema de fundamental en la ejecución y desarrollo de los mismos, razón por la cual la Ley 1682 de 2013 intentó dar solución a algunos de ellos, dentro de los cuales se encuentra la no entrega de los inmuebles para la ejecución del proyecto, es así como esta normativa amplió el concepto de utilidad pública e interés social así:

“Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su

construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.”

El cambio y evolución que presentan estas disposiciones están referidas fundamentalmente al alcance que tienen desde la óptica de la ingeniería la realización, ejecución o intervención de las actividades propias de proyectos de infraestructura de transporte, ya que no es lo mismo la construcción de una vía que la rehabilitación o mejoramiento de la misma.

La declaratoria de utilidad pública de los proyectos de infraestructura de transporte comporta para la administración estatal la obligación, como también la potestad de adquirir y/o expropiar los bienes inmuebles que se requieran para el desarrollo de los dichos proyectos, sujetando en todo caso al operador jurídico al cumplimiento de los procedimientos y parámetros fijados por el legislador para esta actividad.

Las disposiciones mencionadas anteriormente, igualmente determinan los lineamientos para la adquisición de inmuebles requeridos para proyectos de infraestructura de transporte, en las cuales se da cumplimiento al precepto constitucional en varios sentidos:

- a. La prevalencia del interés social sobre el particular en la medida en que determina expresamente los motivos bajo los cuales se puede adquirir o expropiar
- b. Al fijar el procedimiento contempla la etapa del pago de la indemnización previa.
- c. Establecen el procedimiento que deben seguir las entidades estatales para adquirir inmuebles, los cuales son de obligatoria observancia, bajo el postulado de que su incumplimiento genera una vulneración al principio constitucional del debido proceso.

Ahora bien, en cualquiera de las vías escogidas por la administración para adquirir o expropiar es necesario surtir previamente la etapa de negociación directa, la cual implica para la administración el agotamiento de varias actuaciones a saber:

- Determinación de la necesidad del bien

- Identificación del bien, que debe incluir el estudio de títulos, así como todos los elementos y particularidades que sean necesarios para individualizar el predio y que permitan su adquisición
- Elaboración del avalúo que fija el valor del bien y la indemnización, si es del caso
- Oferta de compra

Las disposiciones que se han reseñado anteriormente determinan el procedimiento que se debe surtir para adquirir inmuebles por motivos de utilidad pública o interés social las cuales garantizan un debido proceso, lo que nos lleva a concluir que si se cumplen las etapas y el proceso conforme a la Ley se garantiza el precepto constitucional.

De otro lado tenemos elementos que integran este debido proceso, tales como la determinación del valor de los avalúos comerciales que cubren la afectación al patrimonio que sufre el particular como consecuencia de la pérdida de la propiedad, la Ley y el reglamento fija los criterios para su cuantificación, lo cual implica que la oferta que se realiza al posible indemnizado debe cumplir con los parámetros determinados por el legislador.

Otro aspecto a ser considerado es el pago previo de la indemnización, la Ley determina el momento en el que se hace, ello en consonancia con la garantía constitucional del debido proceso, por lo cual se puede concluir que dando cumplimiento a éste se está frente a una adquisición predial con presunción de legalidad ya que cumple con todos los requisitos establecidos en la normatividad que regula el caso.

En conclusión, si se cumple la formalidad fijada en la Ley y los reglamentos para la adquisición de los inmuebles requeridos por utilidad pública e interés general no sería equitativo que un particular o aspectos procedimentales se interpongan en el desarrollo de la comunidad, atendiendo la prevalencia del principio constitucional de utilidad pública e interés social.

En ese sentido se propone en el proyecto de ley algunos artículos que permitirán agilizar el proceso de adquisición y/o disponibilidad predial en el marco de la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, a continuación se señalan las modificaciones propuestas, así como las problemáticas que se espera solucionar.

MODIFICACIÓN ARTÍCULO 22 DE LA LEY 1682

La Ley de infraestructura otorgó la potestad a las entidades estatales para que en caso de llegar a un acuerdo de enajenación voluntaria con un propietario de un predio, se pudiere descontar de la suma acordada los valores que se adeudaran por concepto de limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio, medidas cautelares, no obstante en la relación de dichos emolumentos no se encuentran los conceptos de impuestos y contribución de valorización, por lo cual se estima conveniente incluirlos. Igualmente se incluye la posibilidad de descontar los gastos de notariado y registro.

MODIFICACIÓN PARÁGRAFO 2 DEL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1682

La fecha de vigencia de los avalúos comerciales garantiza para los particulares que en el proceso de adquisición predial no se desmejorarán las condiciones económicas de la venta. Por lo cual fijar la fecha de vigencia de los mismos tiene como objetivo que las entidades estatales den celeridad al proceso de notificación de la oferta y concertar con el particular la negociación del inmueble, en consecuencia, la modificación propuesta señala expresamente el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de un año establecido en la Ley.

MODIFICACIÓN ARTÍCULO 25 DE LA LEY 1682

En los procesos de adquisición predial para proyectos de infraestructura de transporte se ha detectado que la titularidad de los derechos reales en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria se encuentra en cabeza de personas fallecidas, por lo cual la notificación prevista en la ley no puede surtirse.

La modificación a la disposición que se propone garantiza el debido proceso con la notificación que se realice a los herederos determinados o indeterminados del causante, con ello se cumpliría con los dos principios constitucionales: el debido proceso y la prevalencia del interés social.

En el mismo artículo se propone dar solución a una problemática que se presenta cuando al realizar el respectivo estudio de títulos se encuentra que el titular del derecho real de dominio se encuentra reportado en la Oficina de Control de Bienes Extranjeros Office of Foreign Assets Control -OFAC,

denominada lista Clinton, en razón a que no es posible que las entidades estatales puedan celebrar un negocio con dichas personas.

Sobre el particular es importante señalar que Nuestro país ha suscrito la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada a través de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, la cual fue declarada constitucionalmente exequible por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-397 de 1998, entre otras, por lo cual Colombia está en la obligación de cumplir con toda la normatividad sobre la lucha contra la corrupción e interpretar toda norma de rango inferior.

Atendiendo las graves implicaciones que la inclusión en la lista Clinton genera en el sector financiero y la exclusión de sus servicios para quien aparece reportado, no parece viable el proceso de negociación voluntaria con tal persona, no solo por su exclusión del sistema financiero sino también por las repercusiones que para la Agencia Nacional de Infraestructura tendría tal situación.

Es importante señalar que la Agencia y sus contratistas, están obligados a cumplir los compromisos legales que promueven las normas anticorrupción y a colaborar armónicamente con las demás entidades del Estado para ese fin. Si Colombia ha suscrito Convenios para luchar contra la corrupción sus instituciones deben actuar en consonancia y coherencia con este propósito.

Por lo anterior no es viable adelantar negociaciones por vía de enajenación voluntaria con los propietarios del predio, por lo cual se propone que, en estos casos, una vez verificado el reporte, se acuda directamente a la figura de la expropiación. Igual premisa se aplicaría en caso de que la titularidad del bien recaiga sobre personas fallecidas y no se encuentre herederos determinados con quien se pueda adelantar proceso de negociación.

MODIFICACIÓN ARTÍCULO 27 DE LA LEY 1682

Al igual que en la modificación al artículo 25, la norma propuesta permitiría a las entidades ejecutoras de proyectos de infraestructura de transporte o su delegado, suscribir permisos de intervención voluntaria con los herederos determinados de los predios cuyo titular del derecho real de dominio halla fallecido.

Por estas razones y teniendo en cuenta los grandes beneficios de este proyecto, consideramos que es procedente y conveniente darle curso, en primer debate, al proyecto de ley,

i) PLIEGO DE MODIFICACIONES Y ADICIONES AL PROYECTO DE LEY No. 084 de 2016 Senado “Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”.

Las modificaciones y adiciones hechas a este proyecto de ley se realizan teniendo en cuenta, que la Carta Política del 91, incentivó la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, lo cual fortaleció normativamente los nuevos esquemas de participación y colaboración entre el sector público y el sector privado. Es así como el artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa debe estar al servicio de los intereses generales y se desarrolla sobre la base de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En este sentido, se debe resaltar que la infraestructura de transporte es una prioridad de orden estratégico para el Estado, la cual denota una gran importancia para los sectores de la economía. Es de anotar, que la experiencia alcanzada sobre el esquema de APP en el desarrollo de la infraestructura de transporte y la adecuada ejecución de lo contemplado en la ley de infraestructura han constituido un gran avance en la ejecución de este tipo proyectos.

No obstante, luego de un proceso de análisis de la actual normatividad que reglamenta la contratación estatal, así como la estructuración de APP de iniciativa público o privada y la infraestructura de transporte, se han identificado algunos elementos clave que deben mejorarse con el fin de estructurar un marco normativo completo y armónico que permita entre otros

atraer inversionistas privados de largo plazo que se conviertan en socios del Estado.

Igualmente en el marco de ejecución de los proyectos de concesión, el tema predial sigue generando retrasos y dificultades en el desarrollo de las actividades, es el caso de la adquisición de inmuebles cuyos titulares se encuentran en la denominada Lista Clinton, que hace imposible para las entidades estatales celebrar negocios con dichas personas, por tal razón se propone que en estos casos sea obligatorio acudir a la figura de la expropiación.

Así mismo y en consideración a la experiencia e importancia que tiene actualmente la Agencia Nacional de Infraestructura en materia de APP, se hace necesario ampliar el objeto de la Agencia, con el fin de que pueda desarrollar y/o acompañar otras actividades relacionadas con APP, lo anterior tiene como sustento las solicitudes de acompañamiento en procesos de contratación, no solo de infraestructura de transporte, sino en otras materias, que en la actualidad la citada entidad ha venido recibiendo.

- Unidad de Materia

Ahora bien, teniendo en cuenta que la adición propuesta versa sobre aspectos relacionados en materia de contratación, APP e infraestructura de transporte, debemos señalar que de acuerdo con el artículo 158 de la Constitución Nacional, "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella." De igual manera, el artículo 169 ibídem, establece que "el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido."

Conforme lo anterior, es claro que estos dos preceptos constitucionales constituyen el fundamento del principio de unidad de materia de los cuerpos normativos, según el cual las disposiciones que conforman un ordenamiento legal deben contar con un eje temático, el cual puede precisarse, entre otros, con lo establecido en su título.

En este sentido y aun cuando el articulado modifica normas contenidas en el Estatuto de Contratación Administrativa, también se incluyen normas tendientes a modificar disposiciones no incluidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, pero cuyo contenido se encuentra estrechamente relacionado

con las normas que regulan aspectos relacionados con la contratación de las entidades públicas, tal y como se desprende del título del proyecto de ley.

“La unidad temática no se desconoce cuándo el contenido de una disposición se relaciona objetivamente – directa o indirectamente - con el tema central del cuerpo normativo. En efecto, mal podría aplicarse, en este campo, un criterio estrictamente formal, pues ello no solo impondría límites irrazonables a la labor del órgano Legislativo, sino que desconocería la existencia de relaciones esenciales entre normas que, aparentemente, se refieren a materias diferentes, pero que guardan una conexión objetiva y razonable.”

Esta posición fue reiterada posteriormente mediante sentencia C-261 de 2015 en los siguientes términos:

“Esta Corporación ha estimado que para la determinación del núcleo temático con el cual debe estar relacionada la norma demandada se puede acudir, entre otros, a los antecedentes legislativos -exposición de motivos y debates en comisiones y plenarias- o al título de la ley. En relación con la conexidad teleológica, se ha considerado que estos mismos instrumentos permiten buscar los fines perseguidos por el legislador al expedir el cuerpo normativo y determinar, si ellos se acompañan con la disposición acusada. Finalmente, a través del criterio sistemático se realiza un análisis en conjunto de la normatividad. En relación con el nivel de escrutinio, se ha estimado que en respeto a la libertad de configuración del legislador, el análisis de constitucionalidad no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley.”

Por lo tanto, en la medida en que el texto normativo que se propone a consideración del honorable Congreso de la República, versa sobre la misma materia - normas sobre contratación pública en diferentes ámbitos- no existe obstáculo constitucional para que la corporación aborde su estudio.

De acuerdo a lo antes expuesto, se considera realizar las siguientes modificaciones y adiciones al proyecto de ley modificación ley xxxx de 2016 Senado. "por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia":

- El epígrafe del proyecto de ley presentado, señala:

"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia"

Siendo apropiado modificarlo en el siguiente sentido:

"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones"

- El proyecto de ley inicialmente presentado solo contenía 9 artículos, siendo necesario adicionar los siguientes:

Artículo 7.- Modificar el artículo 22 de la Ley 1682 de 2013, el cual quedará así:

"Artículo 22. Limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio, medidas cautelares, impuestos y contribución de valorización. En el proceso de adquisición de predios requeridos para proyectos de infraestructura de transporte, en caso de existir acuerdo de negociación entre la entidad Estatal y el titular inscrito en el folio de matrícula y previo al registro de la escritura pública correspondiente, la entidad estatal, con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma total o proporcional que se adeuda por concepto de gravámenes, limitaciones, afectaciones, medidas cautelares, impuestos y contribución de valorización y pagar directamente dicho valor al acreedor o mediante depósito judicial a órdenes del despacho respectivo, en caso de cursar procesos ejecutivos u ordinarios en los que se haya ordenado el respectivo gravamen, considerando para el efecto el área objeto de adquisición, o verificar que lo realizará directamente el titular. De no ser posible, se continuará con el proceso de expropiación administrativa o judicial, según corresponda.

La entidad estatal adquirente expedirá un oficio con destino al Registrador de Instrumentos Públicos respectivo o a la autoridad competente, en el cual se

solicite levantar la limitación, la afectación, gravamen o medida cautelar, evidenciando el pago y paz y salvo correspondiente, cuando a ello haya lugar. El Registrador deberá dar trámite a la solicitud en un término perentorio de 15 días hábiles.

Una vez realizada la respectiva anotación en el registro, el Registrador deberá dar aviso mediante oficio al notario correspondiente para que obre en la escritura pública respectiva del inmueble.

Las medidas cautelares al dominio cuya inscripción se encuentre caducada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1579 de 2012, se podrán cancelar con la solicitud que realice la entidad estatal al Registrador de Instrumentos Públicos.

Cuando se trate de servidumbres de utilidad pública y las redes y activos allí asentados puedan mantenerse, se conservará el registro del gravamen en el folio del inmueble.

Parágrafo: La entidad estatal con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma total o proporcional que debe pagarse por concepto de gastos de notariado y registró y pagar directamente dicho valor.”

Artículo 8.- Modificar el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 1682 de 2013, el cual quedará así:

“Parágrafo 2: El avalúo comercial tendrá una vigencia de un (1) año, contado desde la fecha de su comunicación a la entidad solicitante o desde la fecha en que fue decidida y notificada la revisión y/o, impugnación de éste.”

Artículo 9.- El artículo 25 de la Ley 1682 de 2013, modificado por la ley 1742 de 2014, artículo 4º, quedará así:

“Artículo 25.- Notificación de la oferta. La oferta deberá ser notificada únicamente al titular de los derechos reales que figure registrado en el folio de matrícula del inmueble objeto de expropiación o al respectivo poseedor regular inscrito o a los herederos determinados e indeterminados, de conformidad con las leyes vigentes.

La oferta será remitida por el representante legal de la entidad pública competente para realizar la adquisición del inmueble o su delegado; para su notificación se cursará oficio al propietario o poseedor inscrito, el cual contendrá como mínimo:

1. Indicación de la necesidad de adquirir el inmueble por motivo de utilidad pública,
2. Alcance de conformidad con los estudios de viabilidad técnica,
3. Identificación precisa del inmueble,
4. Valor como precio de adquisición acorde con lo previsto en el artículo 37 de la presente ley,
5. Información completa sobre los posibles procesos que se pueden presentar como son: enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial.

Se deberán explicar los plazos, y la metodología para cuantificar el valor que se cancelará a cada propietario o poseedor según el caso.

Una vez notificada la oferta se entenderá iniciada la etapa de negociación directa, en la cual el propietario o poseedor inscrito tendrán un término de quince (15) días hábiles para manifestar su voluntad en relación con la misma, bien sea aceptándola, o rechazándola.

Si la oferta es aceptada, deberá suscribirse escritura pública de compraventa o la promesa de compraventa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes e inscribirse la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar correspondiente.

Se entenderá que el propietario o poseedor del predio renuncian a la negociación cuando:

- a. Guarden silencio sobre la oferta de negociación directa,
- b. Dentro del plazo para aceptar o rechazar la oferta no se logre acuerdo,
- c. No suscriban la escritura o la promesa de compraventa respectiva en los plazos fijados en la presente Ley por causas imputables a ellos mismos.

Será obligatorio iniciar el proceso de expropiación si transcurridos treinta (30) días hábiles después de la -notificación- de la oferta de compra, no se ha llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa y/o escritura pública.

Notificada la oferta de compra de los inmuebles sobre los que recaiga la declaratoria de utilidad pública o de interés social, e inscrita dicha oferta en el respectivo Certificado de Libertad Tradición, los mismos no podrán ser objeto de ninguna limitación al dominio. El registrador se abstendrá de efectuar la inscripción de actos, limitaciones, gravámenes, medidas cautelares o afectaciones al dominio sobre aquellos.

Parágrafo: Es procedente hacer la oferta de compra en el evento que se verifique por parte de la entidad adquiriente o su delegado, que el titular del

derecho real inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble objeto de adquisición o el respectivo poseedor regular inscrito, se encuentre reportado ante la Oficina de Control de Bienes Extranjeros Office of Foreign Assets Control – OFAC, denominada lista Clinton del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, una vez notificada la oferta de compra, deberá acudir al procedimiento de expropiación judicial contemplado en el artículo 399 del Código General del Proceso o la norma que lo modifique o sustituya, para lo cual la entidad adquirente aplicará el saneamiento automático y el valor que arroje la expropiación se dejará a cargo del juzgado de conocimiento.

La entidad adquirente o su delegado también podrán acudir a la expropiación judicial una vez notificada la oferta de compra contra herederos indeterminados, en caso de que se verifique que el titular del derecho real de dominio falleció y no es posible determinar sus herederos.”

Artículo 10. Modifícase el artículo 27 de la ley de la ley 1682, el cual quedará así:

“Artículo 27. Permiso de Intervención Voluntario. Mediante documento escrito suscrito por la entidad y el titular inscrito en el folio de matrícula el poseedor regular o los herederos determinados del bien, podrá pactarse un permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación. El permiso será irrevocable una vez se pacte.

Con base en el acuerdo de intervención suscrito, la entidad deberá iniciar el proyecto de infraestructura de transporte.

Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros sobre el inmueble los cuales no surtirán afectación o detrimento alguno con el permiso de intervención voluntaria, así como el deber del responsable del proyecto de infraestructura de transporte de continuar con el proceso de enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial, según corresponda.

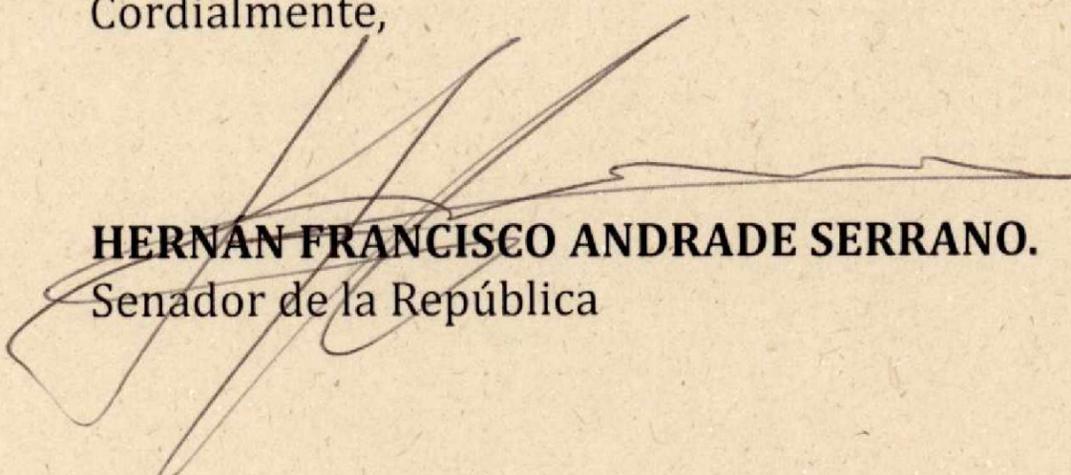
Parágrafo. En el proceso administrativo, en caso de no haberse pactado el permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o

expropiación, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que la dispuso, la entidad interesada solicitará a la respectiva autoridad de policía, la práctica de la diligencia de desalojo, que deberá realizarse con el concurso de esta última y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y/o el personero municipal quien deberá garantizar la protección de los derechos humanos, dentro de un término perentorio de cinco (5) días, de la diligencia, se levantará un acta y en ella no procederá oposición alguna.”

i) **Proposición.**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicitamos a la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, dar primer debate al proyecto de ley No. 084 de 2016 Senado **“Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”**, en los términos que se propone a continuación en el pliego de modificaciones.

Cordialmente,



HERNAN FRANCISCO ANDRADE SERRANO.

Senador de la República

PLIEGO DE MODIFICACIONES

PROYECTO DE LEY N° 84 DE 2016 SENADO

“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1.

Adiciónese el siguiente numeral al artículo 25 de la ley 80 de 1993:

21.- El gobierno nacional adoptará documentos contractuales tipo, en los cuales se incluyan entre otros, los pliegos de condiciones y minutas de contrato, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades estatales en los proceso de selección que adelanten y en los contratos que celebren. Cuando las cláusulas estándares no resulten aplicables la entidad dejará constancia escrita de las razones que justifican lo anterior.

Dentro los documentos estándar el gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades estatales, las condiciones habilitantes técnicas y financieras que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones y hará las distinciones que resulten necesarias.

Los anteriores estándares no se aplicarán a las concesiones de ni a las Asociaciones Público Privada.

Artículo 2. Modifíquese el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedara así:

“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.

“Se exceptúan los contratos de obra, interventoría de obra, consultoría en ingeniería para obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.

Artículo 3. Modifíquese el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

“6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Las propuestas se conformarán de la siguiente manera:

La oferta estará compuesta por dos sobres. Un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes y los factores de calificación, con excepción de la oferta económica. Este primer sobre se abrirá y se publicará su contenido en la audiencia de cierre del proceso. El segundo sobre, deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Este segundo sobre se abrirá y se publicará su contenido en la audiencia de adjudicación del proceso. Corresponderá a la entidad adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la custodia y reserva de la oferta económica, mientras el gobierno nacional, en el término de los dos meses siguientes a la expedición de la presente ley implementa un sistema electrónico de depósito reservado de propuestas económicas, que serán manejado por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente -.

Parágrafo. *Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.”*

Artículo 4. *Modifíquese el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:*

“8. Las entidades estatales publicarán un informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes incluidos en el primer sobre dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

El informe permanecerá publicado en el SECOP durante cinco (5) días hábiles, término en el que los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal; vencido este plazo, no se recibirán documentos o información adicional de los proponentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

La entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la finalización del plazo señalado en el párrafo anterior.

El segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia de adjudicación. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la

oferta económica, se establecerá el orden de elegibilidad y se correrá traslado a los proponentes habilitados en el mismo momento. A continuación, en esta misma audiencia los proponentes podrán presentar observaciones, las cuales deberán ser respondidas por la entidad estatal en el mismo acto”.

Artículo 5. Modifíquese el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

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

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos

En los contratos de obra pública, los factores técnicos no serán criterio para determinar la oferta más favorable. El gobierno nacional reglamentará los casos en los cuales, teniendo en cuenta la complejidad de la obra a realizar, puedan incluirse factores adicionales de evaluación en este tipo de contratos.

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

4. En los procesos para la selección de consultores e interventores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y o del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

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

Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades estatales, y deberán ser entregados por los proponentes durante el término de cinco (5) días hábiles en el que el informe de evaluación de los requisitos habilitantes haya sido publicado en el SECOP. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal en el plazo anteriormente señalado.

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

Parágrafo 3. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

Parágrafo 4. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 5. En los procesos de contratación de obra y de consultoría para la elaboración de estudios y diseños de ingeniería para obra, con excepción para asociaciones público privadas y concesiones, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

Artículo 6. Adiciónese un parágrafo al artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

“Parágrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de Pliego de Condiciones.”

Artículo 7.- Modificar el artículo 22 de la Ley 1682 de 2013, el cual quedará así:

“Artículo 22. Limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio, medidas cautelares, impuestos y contribución de valorización. En el proceso de adquisición de predios requeridos para proyectos de infraestructura de transporte, en caso de existir acuerdo de negociación entre la entidad Estatal y el titular inscrito en el folio de matrícula y previo al registro de la escritura pública correspondiente, la entidad estatal, con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma total o proporcional que se adeuda por concepto de gravámenes, limitaciones, afectaciones, medidas cautelares, impuestos y contribución de valorización y pagar directamente dicho valor al acreedor o mediante depósito judicial a órdenes del despacho respectivo, en caso de cursar procesos ejecutivos u ordinarios en los que se haya ordenado el respectivo gravamen, considerando para el efecto el área objeto de adquisición, o verificar que lo realizará directamente el titular. De no ser posible, se continuará con el proceso de expropiación administrativa o judicial, según corresponda.

La entidad estatal adquirente expedirá un oficio con destino al Registrador de Instrumentos Públicos respectivo o a la autoridad competente, en el cual se solicite levantar la limitación, la afectación, gravamen o medida cautelar, evidenciando el pago y paz y salvo correspondiente, cuando a ello haya lugar. El Registrador deberá dar trámite a la solicitud en un término perentorio de 15 días hábiles.

Una vez realizada la respectiva anotación en el registro, el Registrador deberá dar aviso mediante oficio al notario correspondiente para que obre en la escritura pública respectiva del inmueble.

Las medidas cautelares al dominio cuya inscripción se encuentre caducada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1579 de 2012, se podrán cancelar con la solicitud que realice la entidad estatal al Registrador de Instrumentos Públicos.

Cuando se trate de servidumbres de utilidad pública y las redes y activos allí asentados puedan mantenerse, se conservará el registro del gravamen en el folio del inmueble.

Parágrafo: La entidad estatal con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma total o proporcional que debe pagarse por concepto de gastos de notariado y registro y pagar directamente dicho valor.”

Artículo 8.- Modificar el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 1682 de 2013, el cual quedará así:

“Parágrafo 2: El avalúo comercial tendrá una vigencia de un (1) año, contado desde la fecha de su comunicación a la entidad solicitante o desde la fecha en que fue decidida y notificada la revisión y/o, impugnación de éste.”

Artículo 9.- El artículo 25 de la Ley 1682 de 2013, modificado por la ley 1742 de 2014, artículo 4°, quedará así:

“Artículo 25.- Notificación de la oferta. La oferta deberá ser notificada únicamente al titular de los derechos reales que figure registrado en el folio de matrícula del inmueble objeto de expropiación o al respectivo poseedor regular inscrito o a los herederos determinados e indeterminados, de conformidad con las leyes vigentes.

La oferta será remitida por el representante legal de la entidad pública competente para realizar la adquisición del inmueble o su delegado; para su notificación se cursará oficio al propietario o poseedor inscrito, el cual contendrá como mínimo:

1. Indicación de la necesidad de adquirir el inmueble por motivo de utilidad pública,
2. Alcance de conformidad con los estudios de viabilidad técnica,
3. Identificación precisa del inmueble,
4. Valor como precio de adquisición acorde con lo previsto en el artículo 37 de la presente ley,
5. Información completa sobre los posibles procesos que se pueden presentar como son: enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial.

Se deberán explicar los plazos, y la metodología para cuantificar el valor que se cancelará a cada propietario o poseedor según el caso.

Una vez notificada la oferta se entenderá iniciada la etapa de negociación directa, en la cual el propietario o poseedor inscrito tendrán un término de quince (15) días hábiles para manifestar su voluntad en relación con la misma, bien sea aceptándola, o rechazándola.

Si la oferta es aceptada, deberá suscribirse escritura pública de compraventa o la promesa de compraventa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes e inscribirse la escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar correspondiente.

Se entenderá que el propietario o poseedor del predio renuncian a la negociación cuando:

- a. Guarden silencio sobre la oferta de negociación directa,
- b. Dentro del plazo para aceptar o rechazar la oferta no se logre acuerdo,
- c. No suscriban la escritura o la promesa de compraventa respectiva en los plazos fijados en la presente Ley por causas imputables a ellos mismos.

Será obligatorio iniciar el proceso de expropiación si transcurridos treinta (30) días hábiles después de la -notificación- de la oferta de compra, no se ha llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa y/o escritura pública.

Notificada la oferta de compra de los inmuebles sobre los que recaiga la declaratoria de utilidad pública o de interés social, e inscrita dicha oferta en el respectivo Certificado de Libertad Tradición, los mismos no podrán ser objeto de ninguna limitación al dominio. El registrador se abstendrá de efectuar la inscripción de actos, limitaciones, gravámenes, medidas cautelares o afectaciones al dominio sobre aquellos.

Parágrafo: Es procedente hacer la oferta de compra en el evento que se verifique por parte de la entidad adquiriente o su delegado, que el titular del derecho real inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble objeto de adquisición o el respectivo poseedor regular inscrito, se encuentre reportado ante la Oficina de Control de Bienes Extranjeros Office of Foreign Assets Control – OFAC, denominada lista Clinton del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, una vez notificada la oferta de compra, deberá acudir al procedimiento de expropiación judicial contemplado en el artículo 399 del Código General del Proceso o la norma que lo modifique o sustituya, para lo cual la entidad adquiriente aplicará el saneamiento automático y el valor que arroje la expropiación se dejará a cargo del juzgado de conocimiento.

La entidad adquiriente o su delegado también podrán acudir a la expropiación judicial una vez notificada la oferta de compra contra herederos indeterminados, en caso de que se verifique que el titular del derecho real de dominio falleció y no es posible determinar sus herederos.”

Artículo 10. Modificase el artículo 27 de la ley de la ley 1682, el cual quedará así:

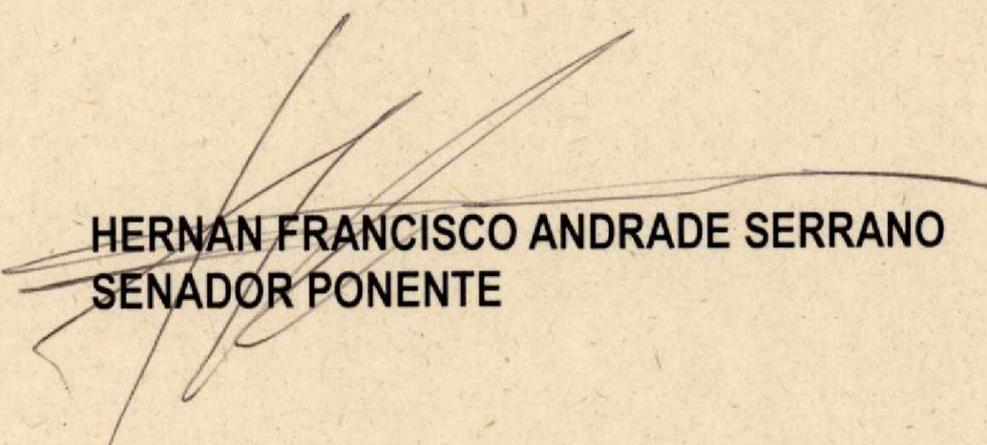
“Artículo 27. Permiso de Intervención Voluntario. Mediante documento escrito suscrito por la entidad y el titular inscrito en el folio de matrícula el poseedor regular o los herederos determinados del bien, podrá pactarse un permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación. El permiso será irrevocable una vez se pacte.

Con base en el acuerdo de intervención suscrito, la entidad deberá iniciar el proyecto de infraestructura de transporte.

Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros sobre el inmueble los cuales no surtirán afectación o detrimento alguno con el permiso de intervención voluntaria, así como el deber del responsable del proyecto de infraestructura de transporte de continuar con el proceso de enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial, según corresponda.

Parágrafo. *En el proceso administrativo, en caso de no haberse pactado el permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que la dispuso, la entidad interesada solicitará a la respectiva autoridad de policía, la práctica de la diligencia de desalojo, que deberá realizarse con el concurso de esta última y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y/o el personero municipal quien deberá garantizar la protección de los derechos humanos, dentro de un término perentorio de cinco (5) días, de la diligencia, se levantará un acta y en ella no procederá oposición alguna."*

Artículo 11- Vigencia. Esta Ley rige a partir de la publicación.



**HERNAN FRANCISCO ANDRADE SERRANO
SENADOR PONENTE**