

CONTENIDO

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Decreto Único de Contratación

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Declaran solidariamente responsables al Invias y a contratista por muerte de ciudadano en accidente de tránsito

2.2 Inhabilidad para contratar con el Estado impuesta al interventor que no cumpla con el deber de información previsto en la ley 1474 de 2011, no vulnera el principio de legalidad ni el derecho de defensa

3. CONCEPTOS CONTRALORÍA

3.1 Los particulares son sujetos de control fiscal

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Decreto Único de Contratación

El pasado 17 de julio, después de varios borradores, fue emitido el Decreto 1510, por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Con esta nueva norma, las entidades estatales deberán elaborar un plan anual de adquisiciones, que incluya lista de bienes, obras y servicios que pretendan adquirir.

La norma, que incluye 24 artículos nuevos, también agrega la reglamentación de las me-

jores prácticas internacionales en la planeación de la contratación y la compra pública; hace ajustes en la capacidad residual, el concurso de méritos, la aplicación de acuerdos comerciales, régimen de garantías, único oferente y la selección abreviada de menor cuantía, entre otros.

Registro Único de Proponentes

La primera modificación perceptible en el decreto está relacionada con el Registro Único de Proponentes (RUP). Señala la norma que la información para renovar el registro debe entregarse a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año.

En cuanto a la información que debe suministrar toda persona natural o jurídica interesada en inscribirse, renovar o actualizar el RUP, debe presentar los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel, con lo cual se elimina la utilización del CIIU para este fin.

Adicionalmente establece que las cámaras de comercio se encargarán de verificar y revisar la información del formulario de inscripción, renovación o actualización del RUP.

Factores de desempate

Señala la norma que en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la entidad estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del proceso de contratación.

Agotados los factores del pliego de condiciones, la entidad estatal debe utilizar una serie de reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido así:

1. Oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros;
2. Ofertas presentada por una Mipyme nacional;
3. Oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que se cumplan unos requisitos de participación;
4. Propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997 y;
5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

Incentivos en la contratación pública

Con el fin de fomentar la industria nacional, la norma ha establecido que la entidad pública debe establecer en los pliegos de condiciones, los incentivos para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional, el cual no es aplicable en los procesos para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.

Vigencia y derogatorias

Como las disposiciones entran en vigencia el próximo 15 de agosto, se estableció un régimen de transición para permitir a las entidades estatales seguir aplicando el reglamento anterior (D. 734/12), hasta el 31 de diciembre de este año. Por lo anterior, las entidades deben expedir un

acto administrativo general en el que manifiesten que se acogen a dicho periodo de transición.

Así las cosas, los procesos de contratación iniciados deberán continuar con las normas vigentes en el momento en que expidió el acto de apertura del mismo o el acto de conformación de la lista de precalificación.

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Declaran solidariamente responsables al Invias y a contratista por muerte de ciudadano en accidente de tránsito

El pasado 2 de mayo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, dio solución a la controversia presentada entre el actor Carme Hortencia Guevara de Borbón y otros y el demandado, La Nación, el Ministerio de Transporte, el INVIAS y otro, expediente número 73001-23-31-000-2000-01012-01 (27.530)

Antecedentes

El 10 de abril de 2000, la señora Carmen Hortencia Guevara de Borbón, en nombre propio y en representación de sus hijos menores José Luís y Javier Leonardo Borbón Guevara, y las señoras Vivian Rocío y Andrea Constanza Borbón Guevara, actuando igualmente en nombre propio, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declararan administrativa y patrimonialmente responsables a la Nación, el Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Vías y Consorcio Luís Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte,

por los perjuicios causados con la muerte de su cónyuge y padre, señor Josué Efraín Borbón Rincón, en hechos ocurridos el 2 de febrero de 1999.

El 2 de febrero de 1999, siendo las 6:30 a.m., el señor Josué Efraín Borbón Rincón se desplazaba en su vehículo, tipo taxi, por la carretera que de Bogotá conduce a Neiva, cuando a la altura del puente que cruza la quebrada Ilarco, en el municipio de Castilla (Tolima), cayó al vacío y perdió la vida, accidente que se produjo por falta de señalización preventiva.

El Consorcio se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima, pues, a su juicio, fue el conductor del vehículo quien, de manera imprudente e irresponsable, excedió los límites de velocidad permitidos en el sector y desconoció las precauciones necesarias para transitar sobre una vía con poca visibilidad, debido a la llovizna y a la neblina que se presentaban en el momento.

Responsabilidad por señalización deficiente

Menciona la sala que las señales de prevención que se debían instalar cuando se ejecutaban obras en la vía pública, con base en el artículo 112 del Código Nacional de Tránsito Terrestre vigente para la época de los hechos (febrero de 1999) establecía:

Quienes ejecuten obras o realicen operativos en las vías públicas, deberán instalar temporalmente los dispositivos y señales para prevenir riesgos, tanto para el usuario como para el personal que desarrolla dicha labor” (resalta la Sala).

En cuanto al deber de señalización, se reiteró la posición jurisprudencial del 4 de octubre de 2007, providencia en la que señaló que “cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio” y que por consiguiente “La seguridad de los habitantes, o mejor de los usuarios de las vías públicas, es uno de los deberes propios de las entidades y personas vinculadas al control del tránsito en todo el territorio Nacional”

Así las cosas, la sala encuentra evidente que cuando esa seguridad no es propiciada, es por tanto cuestionada o puesta en peligro, negligencia de las autoridades llamadas a ejercer el control. Como consecuencia, los daños gravosos que sufran los particulares, producto de dichas omisiones o cumplimiento defectuosos, han de ser asumidas por las respectivas entidades públicas.

Aunado a lo anterior, en lo que tiene que ver con la falta de señalización preventiva de la aproximación del puente la Sala encuentra que la misma fue desvirtuada, ya que en el punto donde se reduce la calzada existía una señal que indicaba la presencia de un “puente angosto”; y que adicionalmente, se evidenció que los costados del puente Ilarco, si bien no contaban con las barandas de contención, sí estaban rodeados con “palos y cintas de prevención que por el lado derecho del puente fueron derribadas por el vehículo accidentado”, información que concuerda con el informe que el Consorcio Solarte Solarte rindió sobre la señalización dispuesta en las inmediaciones del puente, para el 2 de febrero de 1999.

Por lo anterior no se puede hablar de ausencia de señales preventivas de tránsito en el lugar de los hechos. No obstante, la sala menciona que ello no representa el decaimiento de la responsabilidad del Estado, porque la parte demandada no demostró que la señal SP-36 se encontraba instalada correctamente y con la anticipación suficiente, y porque no cumplió con la norma del Manual Sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras de 1992, según la cual “esta señal (...) debe complementarse con la señal reglamentaria SR-33 que indica el ancho de la vía permitido”, pues dicho aviso no se encontraba en el lugar.

Por otra parte, la señalización de las obras que se estaban llevando a cabo en el puente Ilarco, es claro que no observaba el mínimo exigido por la Resolución 01937 de 1994, puesto que no contaba con conos, ni con canecas, ni con barricadas temporales que dieran cuenta del riesgo de la zona, a lo cual se adiciona que la demarcación continua de la vía con las líneas blanca y amarilla se interrumpió algunos metros antes de la entrada al puente, circunstancia que le impidió al conductor tener claridad sobre el ancho del mismo

Falla del servicio

Corolario de lo anterior, la sala preciosa que la falla del servicio imputada a la Administración devino, de la defectuosa e ineficiente señalización en el lugar del accidente y que por lo tanto, fue la causa eficiente y adecuada del daño causado a los actores, toda vez que de haberse instalado los elementos de seguridad temporales y apropiados durante la ejecución de las obras como conos, barricadas o cane-

cas, de haberse demarcado el tramo de la carretera correspondiente al puente y de haberse advertido oportuna y debidamente sobre la proximidad de este último y sobre la reducción de la calzada, probablemente se habría evitado el accidente de tránsito en que falleció Josué Efraín Borbón.

En el presente caso, de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, el Invías, ente que ejecutó una obra pública a través de un particular, está llamado a responder de manera solidaria con el contratista, Consorcio Solarte Solarte, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de la muerte de Josué Efraín Borbón Rincón, toda vez que de haber ubicado las herramientas de señalización en la forma debida, le habrían permitido al occiso identificar con mayor claridad el camino y sus dificultades o características, lo cual habría podido evitar la desviación del automotor hacia la derecha y, por ende, la caída del mismo al vacío.

2.2 Inhabilidad para contratar con el Estado impuesta al interventor que no cumpla con el deber de información previsto en la ley 1474 de 2011, no vulnera el principio de legalidad ni el derecho de defensa

El pasado 10 de julio la Corte Constitucional publicó el comunicado de prensa de la sentencia C-434 de 2013, en la cual se declaró la exequibilidad del literal k, del párrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

Argumentos de la Corte

De acuerdo con el documento publicado, una interpretación sistemática de la Ley 1474 de 2011 lleva a la conclusión que los actos de corrupción para efectos del parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, deben ser los mismos previstos en el artículo 1 de la misma ley y que fueron declarados exequibles.

Adicionalmente, menciona el Alto Tribunal que durante los debates legislativos se expresó la intención de consagrar como actos de corrupción no solo las formas tradicionales de atentar contra la administración pública y el patrimonio público, sino “otros delitos relacionados con actividades que constituyen corrupción”, interpretación que está en armonía con el principal objetivo que tuvo el legislador al discutir y aprobar el llamado estatuto anticorrupción.

Así mismo, prevé conductas que tradicionalmente han sido consideradas como actos de corrupción en nuestro ordenamiento jurídico, como las incluidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 141 de 1997 y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada mediante la Ley 970 de 2005. En consecuencia, el parágrafo 2º del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, no desconoce el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Aunado a lo anterior, ratifica la Corporación lo señalado por la jurisprudencia constitucional respecto a que se presenta un desconocimiento del principio non bis in ídem, conforme al cual nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, cuando concurran los tres

elementos definitorios del mismo: **identidad de persona, identidad de causa e identidad de objeto.**

Añade que solo en la medida en que estos tres factores coincidan, la sanción estará en contra de esa garantía constitucional y recordó que la jurisprudencia ha distinguido un carácter diverso entre las sanciones disciplinarias y las inhabilidades contractuales, con fundamento en que las primeras buscan el cumplimiento cabal de los deberes y funciones de los servidores públicos y las segundas, salvaguardar los principios de eficiencia, moralidad y transparencia en la actividad contractual.

De acuerdo con lo anterior, la identidad del sujeto activo y de los hechos que generan la sanción disciplinaria prevista en el numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2001 y la inhabilidad prevista en el parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 no vulnera el principio non bis in ídem contenido en el artículo 29 de la Constitución, pues en este caso no se presenta identidad de causa.

Salvamentos y aclaraciones de voto

El Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva emitió un salvamento de voto y los doctores Gabriel Eduardo Mendoza Martelo aclaraciones de voto.

En el primer caso, el doctor Vargas menciona que la justificación presentada para rechazar el cargo por violación del principio de tipicidad no es adecuada, al proponer una integración normativa entre la disposición objeto de análisis y un segmento normativo que ya no existe, pues fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, el Magistrado considera que la distinción entre el fundamento, objetivos y propósitos de la sanción disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario y la inhabilidad introducida por la norma demandada en la Ley 80 de 1993 no es satisfactoria, toda vez que la primera se dirige a garantizar los fines y principios de la función pública; mientras que la segunda pretende asegurar la

Finalmente el Magistrado Mendoza Martelo manifestó que no era necesario condicionar la exequibilidad del parágrafo 2 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, ya que la precisión que se hace en el condicionamiento se ha podido incluir en la parte motiva del fallo, pues corresponde más a la aplicación de la norma que a una inconstitucionalidad de la norma, la cual, a su juicio no establece una sanción disciplinaria, sino una consecuencia derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales del interventor.

3. CONCEPTOS CONTRALORÍA

3.1 Los particulares son sujetos de control fiscal

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió el concepto 2013EE0042154, en el cual, a través de un recuento normativo y jurisprudencial, se aclara el régimen que se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales.

Sujetos disciplinables

Empieza el documento por mencionar que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

Adiciona que esa supervisión e interventoría contractual, implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista. De acuerdo con lo anterior, la incorporación de los particulares al régimen disciplinario tiene fundamento en la necesidad de crear mecanismos adecuados para el juzgamiento de los mismos cuando su conducta atente contra la legalidad o el patrimonio público.

Posteriormente se aclara que la competencia para adelantar esas investigaciones se radica de manera exclusiva en la Procuraduría General de la Nación, conforme a la distribución de competencias determinada por el titular del Ministerio Público y que el ejercicio de las funciones públicas o administrativas no está supeditado necesariamente a la condición de empleado o trabajador del Estado, sino que los particulares pueden participar de ellas y es factible que lo hagan bajo la modalidad del contrato y que por el ejercicio de las mismas deben responder disciplinariamente de conformidad con el procedimiento y competencias señalados en la Ley 734 de 2002

Concluye el documento mencionado la importancia de tener claridad respecto a la contratación de particulares mediante contrato de prestación de servicios, por cuanto éste, se debe ajustar al objeto del mismo y a las obligaciones que por desarrollo y ejecución del contrato conlleven, razón por la cual la ejecución de labores diferentes al objeto y obligaciones propias a dicho objeto, significa violación e incumplimiento del contrato por parte de quién en ello incurra, tema que deberá ser evaluado por el Supervisor del contrato.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico: dgarzon@infraestructura.org.co