

EL DELITO DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA N° FTIC-LP-038-2020

SOFÍA KATHERIN QUEVEDO PEÑA¹

TANIA MARCELA RIVERA CASTELLANOS²

Resumen. El presente artículo pretende analizar la adecuación del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de requisitos legales en el contrato otorgado a la Unión Temporal Centros Poblados en la licitación pública N° FTIC-LP-038-2020, ello a través del estudio del proceso de contratación adelantado por el Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones. A partir de este punto se indagó en las condiciones que rodearon el proceso de licitación y se procedió a estudiar la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados; así mismo, se estudió la configuración legal, jurisprudencial y doctrinal del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, y finalmente se adecuó la situación fáctica del contrato otorgado al tipo penal con el fin de establecer los presupuestos que el aparato judicial debe evaluar.

Palabras claves. Delito, contratación estatal, administración pública, licitación pública.

¹ Profesional en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Estudiante de la especialización en contratación estatal de la universidad Santo Tomás de Tunja. Correo electrónico: sofiaquevedo1324@hotmail.com.

² Profesional en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Estudiante de la especialización en contratación estatal de la universidad Santo Tomás de Tunja. Correo electrónico: tannyarivera33@gmail.com.

Tabla de Contenido

Capítulo 1. Etapa precontractual del proceso de licitación pública N° FTIC-LP-038-2020.....	4
1.1. Estudios previos	4
1.2. Pliego de condiciones	6
1.3. Resolución de apertura	8
1.4. Oferta de Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020	9
1.4.1.1. Carta de presentación	9
1.4.1.2. Compromiso anticorrupción.....	9
1.4.1.3. Conformación de la Unión Temporal	10
1.4.1.4. Certificado de pago de la seguridad social y parafiscales	11
1.4.1.5. Garantía de seriedad.....	11
1.4.1.6. Registro Único Tributario.....	11
1.4.1.7. Antecedentes fiscales	12
1.4.1.8. Antecedentes disciplinarios	12
1.4.1.9. Antecedentes judiciales.....	13
1.4.1.10. Certificado registro nacional de medidas correctivas.....	13
1.4.1.11. Registro Único de Proponentes.....	13
1.4.1.12. Registro TIC	13
1.4.1.13. Acreditación de experiencia	14
1.4.1.14. Apoyo a la Industria Nacional.....	14
1.4.1.15. Certificaciones proponentes con trabajadores con discapacidad.....	14
1.4.2. Evaluación financiera	14
1.4.3. Evaluación jurídica	15
1.5. Audiencia de adjudicación	15
1.6. Resolución de adjudicación	17
Capítulo 2. El delito de la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales	18
Capítulo 3. La adecuación típica del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de requisitos legales en el contrato otorgado a Unión Temporal Centros Poblados 2020	30
3.1. Los cargos y las funciones de quienes aprobaron la evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados 2020.....	34
3.2. La omisión en el derecho penal y su adecuación a la conducta de los servidores públicos que aprobaron la evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados 2020	37

Conclusiones40

Referencias.....46

Capítulo 1. Etapa precontractual del proceso de licitación pública N° FTIC-LP-038-2020

1.1. Estudios previos

El Proyecto Centros Digitales surge con el fin de ejecutar unas mejoras necesarias del servicio de internet en las áreas rurales de Colombia, mediante la mejora al ancho de banda y equipos con mejor tecnología; lo anterior, gracias al Proyecto Kioscos Vive Digital que facilitó los resultados obtenidos y así determinar la viabilidad de “contratar el servicio de internet condiciones reales de consumo” (Estudio previo general Licitación Pública FTIC-LP-038-2020, p. 4).

Es así como el Fondo Único De Tecnologías De La Información y Las Comunicaciones en el año dos mil veinte dio apertura a la Licitación Pública FTIC-LP-01-2020, con el fin de desarrollar el Proyecto Nacional de Acceso Universal Para Zonas Rurales. Sin embargo, la documentación fue un borrador y los comentarios con los interesados produjo la reestructuración del proyecto. Así mismo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, definió un listado de centros poblados que cumplen con la priorización que requiere el proyecto dado que no cuentan con conectividad haciéndolos beneficiarios de este.

En los estudios previos se hace una descripción de las especificaciones de los contratos con los que se ejecutará el proyecto, del análisis de las cláusulas se puede resaltar:

1. Una nota del cronograma de utilidades menciona que el anticipo será manejado por una sociedad fiduciaria, la cual deberá presentar informes mensuales al Fondo sobre el manejo del dinero.
2. En la justificación del anticipo se menciona que su utilización se condiciona al perfeccionamiento del contrato de aporte y aprobación del plan de inversión del anticipo.

Respecto del tipo de contrato a celebrar se menciona que esta contratación se hará bajo el contrato de aporte el cual es definido por el Ministerio como:

La modalidad de aporte responde a una figura atípica de contratación, mediante la cual el Estado asigna unos recursos de fomento al adjudicatario del proceso de selección objetiva para que este los tenga como propios y desarrolle por su cuenta y riesgo el proyecto encomendado, sujeto en todo caso a una condición resolutoria que aplica en el evento en que no se cumpla el modo o condiciones establecidas en los términos del proyecto. (p. 42).

Con el fin de cumplir los fines estatales se realiza la contratación pública de prestadores de servicios que se encuentren en la capacidad y tengan la idoneidad para cumplir las funciones que se requiere. La ley 80 de 1993 es el Estatuto General de Contratación Pública, como norma que reglamenta en su mayoría los tipos de contratos que se desarrollan en la práctica; sin embargo, el contrato de aporte ha sido reglamentado en pequeña proporción para la contratación que realiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) a través del Decreto 2388 de 1979 en el artículo 127 que establece:

Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

En este mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado ha estudiado estos contratos en curso de los procesos judiciales que han sido de su competencia y ha sido discutido desde la contratación del ICBF, de lo cual ha condensado las siguientes características esenciales:

i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En conclusión, el contrato de aporte requiere que el sujeto activo sea calificado y cualificado por la ley como en el caso en particular es el Fondo Único De Tecnologías De La Información y Las Comunicaciones, y esta entrega unos bienes al contratista para que asuma la ejecución de

un servicio propio del sistema de bienestar social con responsabilidad exclusiva del contratista y un personal especializado.

De los estudios previos se continúa con la modalidad de selección la cual fue la licitación pública y la capacidad jurídica que será estudiada más adelante de acuerdo con el estudio realizado por la entidad en su momento. Prosiguen con los requisitos de la presentación de la oferta, capacidad financiera y otros aspectos requeridos por el Fondo.

Entre los ítems que siguen en el estudio previo se resalta que el Fondo haría una evaluación de las ofertas de la licitación en las cuales se evaluará la capacidad jurídica, financiera y evaluación técnica. Se prosigue con el contexto del contrato respecto a los estudios realizados que arrojaron la pertinencia y necesidad del contrato.

Como garantía del proceso se le requirió a los interesados en participar presentar una garantía de seriedad de la oferta que se adjunta a la oferta y otra garantía para quienes resulten adjudicatarios. Se dispuso como reglas para estas garantías:

a) Los Oferentes domiciliados en Colombia presentarán garantías tramitadas con entidades financieras bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Las garantías que no se extiendan por Bancos con domicilio en Colombia deben dejar establecido que se expiden bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, URDG 758 en vigor a partir del 1 de julio de 2010. y deben ser confirmadas por el banco corresponsal en Colombia.

c) Cuando la propuesta es presentada por un Oferente plural, como unión temporal, consorcio o promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes.

d) Las garantías bancarias o cartas de crédito Stand By deben manifestar que se renuncia al beneficio de excusión y división

Los estudios previos finalizan con las cláusulas especiales de los contratos de aportes a ejecutar.

1.2. Pliego de condiciones

En el pliego de condiciones se resalta que el documento en la parte de la introducción pretende desarrollar el procedimiento a realizar en la ponderación de las ofertas desde la calidad de estas, del cual saldrá un puntaje. En términos generales se evacua la invitación a las

veedurías ciudadanas, los costos derivados, las normas de interpretación del pliego, el trámite de los documentos otorgados en el exterior, definiciones, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, cronograma, entre otros.

En el punto tres del documento se hace un resumen de los puntos principales del contrato desde el objeto, presupuesto, forma de pago, obligaciones, hasta el tipo de contrato a celebrar.

Para el punto cuatro se desarrolla todo lo concerniente a la oferta, mencionando que los requisitos se encontrarán en el SECOP II, la elaboración y presentación (con su garantía bancaria), la presentación para las regiones, modificación y retiro, vigencias, entre otras generalidades.

Respecto de los requisitos habilitantes estos se pueden resumir así:

- a. Capacidad jurídica: se remiten a que la propuesta debe ajustarse a lo requerido por la ley y el pliego de condiciones. Se requiere carta de presentación, fotocopia del documento de identidad de la persona natural o representante legal de la persona jurídica, el aval de la propuesta por un ingeniero del núcleo básico de conocimiento de ingeniería electrónica, compromiso anticorrupción, acreditación de la existencia y representación legal, certificación del cumplimiento en el pago de contribuciones y aportes parafiscales, garantía de seriedad de la oferta, identificación tributaria, boletín de responsables fiscales, certificado de antecedentes disciplinarios, antecedentes judiciales y consulta de infracciones, registro único de proponentes, habilitación para proveer redes y servicios de telecomunicaciones.
- b. Capacidad financiera y organizacional: esta información podrá tomarse del certificado RUP vigente correspondiente a cierre del 31 de diciembre de 2019 y si no está obligado a inscribirse al RUP deberá enviar comparativos de 2018 y 2019 de balance general, estado de resultados, notas a los estados financieros. Así mismo, se requiere certificado de contador y revisor fiscal. Entre otros documentos solicitados se encuentran los indicadores financieros a final de 2019, experiencia mínima requerida del proponente al participar en actividades o similares a las del objeto del contrato, experiencia mínima habilitante requerida de diez años.

La evaluación de las ofertas establece que los criterios serán la velocidad, el tiempo y la cobertura territorial ofertada adicional de acuerdo con unas fórmulas matemáticas en las que se calcula el puntaje a asignar. Así mismo, se asigna de forma adicional unos puntos por ser empresas nacionales.

El procedimiento de adjudicación se hace mediante audiencia pública conforme a lo establecido en la ley de contratación, en la cual se resuelven las observaciones formuladas por los proponentes, seguido del análisis de las propuestas, verificar la calificación otorgada y si existe empate para la adjudicación de una región.

Para el análisis del riesgo hacen uso del manual de Colombia Compra Eficiente el cual establece cinco aspectos que pueden desencadenar un riesgo. Se menciona que hay riesgos imprevisibles que la valoración de riesgos no es una ciencia exacta, la existencia de la fuerza mayor y caso fortuito, y exponen unas gráficas que presentan de manera didáctica el proceso de gestión de riesgos.

Luego, se procede a clasificar los riesgos a los que está expuesto el proyecto, sin que se especifique por qué o cómo se genera el riesgo limitándose a dar definiciones en abstracto de varios temas.

Respecto de las garantías se solicitan dos, la primera que sea de seriedad de la propuesta de los oferentes y la segunda que constituye a quien se le adjudicó el proyecto; adicionalmente se requiere un seguro de responsabilidad civil y de manera opcional un seguro que cubra todos los riesgos posibles. Posteriormente se desarrollan los requisitos de estas garantías dependiendo de su naturaleza.

Posteriormente se desarrolla lo concerniente a los acuerdos comerciales dado que el proceso en cuestión está cobijado por aquellos y se procede a explicar el trasfondo de estos acuerdos.

Finalmente se establece que la suscripción del contrato deberá hacerse en un plazo máximo de quince días hábiles después de la notificación de la adjudicación y establece el procedimiento cuando no se pueda cumplir con el plazo por determinadas circunstancias.

1.3. Resolución de apertura

El Fondo Único De Tecnologías De La Información y Las Comunicaciones mediante la Resolución Número 719 de 2020 ordena la apertura de la licitación pública No. FTIC-LP-038-2020, en la que se reitera el objeto contractual presentado en los estudios previos, el pliego de condiciones y se continúa con el presupuesto planteado.

En el artículo segundo se dispone del cronograma del proceso de selección que iniciaba el 18 de agosto de 2020 con el aviso de la convocatoria y finaliza el 10 de diciembre de 2020 con la entrega de la garantía de cumplimiento.

Entre otras disposiciones se ordena publicar la resolución y el pliego de condiciones en la plataforma SECOP II. Se hace la designación de un comité asesor y evaluador para que verifique los requisitos habilitantes financieros, técnicos y jurídicos; se establecen las funciones del comité y finalmente se convoca a las veedurías ciudadanas constituidas para que ejerzan control social en el proceso de selección.

1.4. Oferta de Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020

Dado que al momento en que se realiza la investigación se encuentra en curso un proceso penal y otro de responsabilidad fiscal en contra de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 se analiza de forma exclusiva la oferta presentada por esta persona jurídica con el fin de evaluar en los otros capítulos cómo puede aplicarse el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

1.4.1.1. Carta de presentación

La oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 (UT Cerros Poblados) tiene como propósito participar en la licitación pública No. FTIC-LP-038-2020, para las regiones A y B. Se inicia con la carta de presentación donde el representante legal manifiesta no se encuentran en las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, no se encuentran inmersos en un conflicto de interés, conocen y aceptan los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y demás disposiciones legales, y declara bajo gravedad de juramento que toda la información presentada es veraz.

Se comunica que la Unión Temporal está conformada por: 1. Fundación Empresarial de Nuevas Tecnologías de la Información de Colombia; 2. ICM Ingenieros S.A.S.; 3. INTEC de la Costa S.A.S. y 4. Omega Building Constructora S.A.S.

Se resalta que en el punto catorce de la carta la Unión Temporal manifiesta que quien acredita el Registro TIC es Fundación de Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación, pero como se mencionó anteriormente no se encuentra esta persona jurídica en las integrantes de la Unión Temporal; sin embargo en el punto quince esta razón social se asocia con el NIT de la persona jurídica que en el punto diez se relaciona con la razón social de Fundación Empresarial de Nuevas Tecnologías de la Información de Colombia.

Finalmente se acredita el aval por un ingeniero en telecomunicaciones, el cual presenta los documentos que le acreditan como ingeniero.

1.4.1.2. Compromiso anticorrupción

Con este compromiso la Unión Temporal se compromete a ser transparente en toda la licitación, aclaran que no tienen alguna inhabilidad para contratar, se comprometen a no realizar sobornos y demás, a no realizar contratos que provoquen la colusión de la licitación, manifiestan estar abiertos para todas las solicitudes de información que requieran organismos de control, se comprometen a compartir el compromiso y su importancia con sus colaboradores, y finalmente afirman conocer las consecuencias de este incumplimiento.

1.4.1.3. Conformación de la Unión Temporal

Se presenta el documento privado mediante el cual se conforma la Unión Temporal el día 24 de octubre de 2020, la cual tiene como objeto presentar la propuesta para la licitación del Fondo Único de TIC y en caso de adjudicación ejecutar a cabalidad el contrato con el Fondo Único de TIC.

Respecto de la labor a desarrollar se le asigna a la Fundación De Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación la “planeación, instalación, puesta en funcionamiento y operación de la infraestructura para el desarrollo del contrato” y a las otras tres personas jurídicas se les asigna el “desarrollo de obras, instalación y mantenimiento de infraestructura requerida para la correcta ejecución del contrato”.

Se estipula que la duración de la Unión Temporal será del tiempo que requiera la ejecución y liquidación del contrato que les pueden adjudicar, y se designa al señor Luis Fernando Duque Torres para fungir como representante legal.

Entre los anexos del documento se encuentra:

1. Cédula del representante legal nombrado para la Unión temporal;
2. Certificado de existencia y representación legal de la Fundación De Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación fundada en 2011 del cual el objeto social y las actividades principales se asocia a las actividades requeridas en la licitación, se cuenta con un patrimonio robusto, se acompaña de la cédula de ciudadanía del representante legal;
3. Certificado de existencia y representación legal de ICM Ingenieros S.A.S. registrada en 1994 del cual el objeto social se relaciona con lo requerido en la licitación, las actividades principales no se asocian con el objeto y lo requerido en la licitación, se cuenta con un patrimonio robusto, se acompaña de la cédula de ciudadanía del representante legal;

4. Certificado de existencia y representación legal de INTEC de la costa S.A.S. registrada en el año 2004, el objeto social se relaciona con lo requerido en la licitación, las actividades principales no se asocian de todo lo requerido en la licitación, se cuenta con un patrimonio robusto, se acompaña de la cédula de ciudadanía del representante legal;
5. Certificado de existencia y representación legal de Omega Buildings Constructora S.A.S. registrada en el año 2016, el objeto social se relaciona con lo requerido en la licitación, las actividades principales no se asocian de todo lo requerido en la licitación, se cuenta con un patrimonio robusto, se acompaña de la cédula de ciudadanía del representante legal.

1.4.1.4. Certificado de pago de la seguridad social y parafiscales

Los revisores fiscales de las personas jurídicas que componen la Unión temporal manifestaron que todos ellos se encuentran al día en el pago de las obligaciones que les corresponden a los aportes a la seguridad social y parafiscales. Así mismo, adjuntan los documentos de acreditación requeridos.

1.4.1.5. Garantía de seriedad

La Unión Temporal presentó como garantía de seriedad de la oferta una garantía bancaria con el Banco ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. del cual se resalta que en documento aportado se consignó que los integrantes de la Unión Temporal otorgan la garantía bancaria a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El objeto de la garantía es cubrir el posible incumplimiento de la oferta y asegurar que, de ser adjudicado el contrato a la Unión Temporal, se hará la firma, legalización y perfeccionamiento del contrato; también se asegura el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la licitación. El valor que cubre la garantía es de veintiséis mil novecientos millones de pesos desde la presentación de la oferta hasta ciento veinte días más.

Se dispone en la parte final al señor Luis Antonio Rodríguez Duarte como el encargado de atender cualquier duda o información de la garantía bancaria. Finalmente firman el documento el representante legal banca mayorista del Banco ITAU el señor Jorge Alberto Villa López, el representante legal para efectos judiciales del Banco ITAU el señor Ignacio José Giraldo Ardila y el representante legal de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020.

1.4.1.6. Registro Único Tributario

Se presentaron los registros únicos tributarios de las personas jurídicas que conforman la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020, de los cuales se destaca que:

- a. Fundación Empresarial de Nuevas Tecnologías de la Información, con actividad principal del código CIIU 9499 la cual se describe como actividades no asociadas con política pero que promueven una causa a través de las campañas de educación; la actividad secundaria del código CIIU 6120 relacionada con actividades de telecomunicaciones inalámbricas; otras actividades con código CIIU 6202 y 4651 relacionadas con consultoría informática, administración de redes inalámbricas y comercio de equipos de cómputo.
- b. ICM Ingenieros S.A.S., con actividad principal del código CIIU 4210 de construcción de carreteras y vías de ferrocarril; actividad secundaria con código CIIU 4290 para la construcción de otras obras de ingeniería civil; otras actividades con código CIIU 4663 y 1921 relacionadas con comercio de material de construcción y fabricación de productos de la refinería del petróleo.
- c. INTEC de la Costa S.A.S., con actividad principal del código CIIU 4210 de construcción de carreteras y vías de ferrocarril; actividad secundaria con código CIIU 3110 para la fabricación de muebles; otras actividades con código CIIU 4220 relacionadas con la construcción de proyectos de servicio público.
- d. OMEGA Buildings Constructora S.A.S., con actividad principal del código CIIU 4111 de construcción de edificios residenciales; actividad secundaria con código CIIU 4210 de construcción de carreteras y vías de ferrocarril; otras actividades con código CIIU 4290 relacionadas con la construcción de otras obras de ingeniería civil y la actividad 7110 la cual no se encuentra registrada bajo alguna actividad.

1.4.1.7. Antecedentes fiscales

De los certificados aportados por la Unión Temporal se evidencia que por parte de la Contraloría General de la República tanto su representante legal, las personas jurídicas que conforman la Unión como sus representantes legales no cuentan con antecedentes de haber sido declarados responsables fiscalmente.

1.4.1.8. Antecedentes disciplinarios

De los certificados aportados por la Unión Temporal se evidencia que por parte de la Procuraduría General de la Nación tanto su representante legal, las personas jurídicas que

conforman la Unión como sus representantes legales no cuentan con antecedentes de haber sancionados o inhabilitados.

1.4.1.9. Antecedentes judiciales

De los certificados aportados por la Unión Temporal se evidencia que por parte de la Policía Nacional de Colombia tanto su representante legal, como los representantes legales de las personas jurídicas que conforman la Unión, no tienen asuntos pendientes con las autoridades judiciales.

1.4.1.10. Certificado registro nacional de medidas correctivas

De los certificados aportados por la Unión Temporal se evidencia que por parte de la Policía Nacional de Colombia tanto su representante legal, como los representantes legales de las personas jurídicas que conforman la Unión, no tienen medidas correctivas pendientes por cumplir.

1.4.1.11. Registro Único de Proponentes

La Unión Temporal presenta el certificado de inscripción y clasificación registro único de proponentes de:

- a. Fundación de Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación tiene como reportados setenta contratos ejecutados de los cuales se realizaron actividades como la puesta en funcionamiento de infraestructura de redes de comunicación y de sistemas de cómputo; la venta de materiales educativos y de tecnología.
- b. ICM Ingenieros S.A.S. tiene como reportados treinta y cuatro contratos ejecutados de los cuales se realizaron actividades de construcción de vías; en lo relacionado con servicios de internet y telecomunicaciones, solo se reportaron tres contratos. Se observa que en varios contratos la persona jurídica recibió un porcentaje de participación por contratos ejecutados con consorcios y uniones temporales.
- c. INTEC de la costa S.A.S. tiene como reportados cincuenta y un contratos ejecutados de los cuales se realizaron actividades como la construcción de edificaciones, reparación de infraestructura y construcción de vías.
- d. Omega Buildings Constructora S.A.S. tiene como reportados tres contratos ejecutados de los cuales se realizaron actividades como la construcción de edificaciones, reparación de infraestructura y construcción de vías.

1.4.1.12. Registro TIC

La incorporación al registro TIC solo la tiene la Fundación Empresarial de Nuevas Tecnologías de la Información de Colombia como fue presentado por la Unión Temporal, el registro se realizó el día 10 de octubre de 2012. Esta incorporación le permite a la persona jurídica registrada la habilitación para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

1.4.1.13. Acreditación de experiencia

La Unión Temporal para acreditar la experiencia requerida para la licitación presentó los contratos terminados y en ejecución a cargo de la Fundación de Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación. En total se mencionan diez contratos de los cuales se proporciona los elementos importantes y de los que se destaca que los contratos que se mencionaron en el documento son proyectos en temas de tecnología de la información y las comunicaciones, conectividad a internet e infraestructura de conectividad.

Posteriormente se relacionan los certificados de ejecución y cumplimiento de los contratos ejecutados por la mencionada persona jurídica.

1.4.1.14. Apoyo a la Industria Nacional

Se diligenció el formato de apoyo a la industria nacional en el cual se manifiesta que la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 es un proponente nacional. Se adjunta la cédula de ciudadanía del representante legal, los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas que componen la Unión Temporal con las respectivas cédulas de ciudadanía de los representantes legales de cada una.

1.4.1.15. Certificaciones proponentes con trabajadores con discapacidad

La revisora fiscal de la Fundación de Telecomunicaciones, Ingeniería, Seguridad e Innovación presentó el informe mediante el cual acredita que a cargo de la mencionada persona jurídica hay un total de dos trabajadores con discapacidad que están vinculados a la planta de personal. Se adjunta la constancia del Ministerio del Trabajo que certifica lo relacionado por la revisora fiscal, la cédula de ciudadanía, la tarjeta profesional y los antecedentes disciplinarios para contadores de la revisora fiscal.

1.4.2. Evaluación financiera

De la evaluación financiera realizada por los funcionarios encargados determinó que la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 presentó los documentos financieros, los

indicadores financieros y los indicadores organizacionales por lo que fue habilitado en ese aspecto para continuar en la licitación.

1.4.3. Evaluación jurídica

La evaluación jurídica realizada por los funcionarios encargados determinó que la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 presentó los documentos requeridos por lo que fue habilitado en ese aspecto para continuar en la licitación.

Se observa que, en el análisis de los requisitos se menciona que los objetos de las personas jurídicas que conforman la Unión Temporal se relacionan con el objeto contractual, se presentó la documentación requerida en cada uno de los ítems.

Respecto de la garantía bancaria solo se menciona que esta fue aportada en físico, pero no se manifiesta que expresamente se comprueba la existencia de esta.

1.5. Audiencia de adjudicación

En la primera parte de la audiencia de adjudicación se socializa el informe de evaluación definitivo para lo que se suspende dos horas la diligencia, sin embargo, el apoderado de uno de los proponentes considera que existe un vicio en el procedimiento por incumplimiento del plazo para dar a conocer la evaluación, por lo que solicita se aplase la audiencia con el fin de estudiar el documento y ejercer la defensa técnica que corresponda; Esta solicitud no se atiende favorablemente dado que para la entidad no existe falta al procedimiento por cuanto no se fijó un plazo para la publicación del documento. Se programa la reanudación de la audiencia.

En la siguiente parte de la audiencia los proponentes hacen uso de la palabra para presentar las respectivas observaciones a la evaluación realizada por el Fondo y el Ministerio. La Unión Temporal Cerros Poblados Colombia 2020 al no tener observaciones a la evaluación recibida se limita a realizar observaciones a las propuestas presentadas por otros proponentes.

Las veedurías que participaron en el escenario encontraron que la contratación hasta aquel punto tenía un buen panorama en el cumplimiento de garantías y requisitos. Sin embargo, la veeduría VEECON Anticorrupción hace unas observaciones a los plazos en que se dieron las adendas conforme a la normativa vigente; además, se manifiesta que la entidad no hace una explicación completa de cómo se han subsanado los documentos requeridos posterior a la presentación de la oferta.

Las observaciones realizadas por otros proponentes hacia la Unión Temporal Cerros Poblados fueron absueltas por el apoderado para la audiencia mencionando que Omega e INTEC presentaron los documentos autenticados antes de la fecha anterior al cierre y que el documento que se subió al sistema previo a la autenticación pero que en todo caso se completó lo requerido antes del cierre.

En la continuación de la audiencia se discute el cambio de la razón social de la fundación que hace parte de la Unión Temporal y al respecto la entidad resuelve que el RUT ya fue actualizado en tiempo y la entidad acepta la subsanación. Así mismo, se aclara la conformación de la Unión Temporal que se realiza en tiempo y la entidad considera ajustada la propuesta en todos los requisitos.

Luego de resolverse por parte de la entidad todas las observaciones y objeciones propuestas por los proponentes, surgió una recusación dado que uno de los asesores de los proponentes parece ser asesor de la que en su momento era la ministra. Recusación que estimaron como no procedente de acuerdo con el estudio realizado por los superiores, incluyendo a la ministra que enfoca que el señor recusado es asesor en otros asuntos jurídicos y no precisamente los contractuales.

En la continuación de la audiencia se evacua la respuesta que la entidad da a las observaciones presentadas por las veedurías y todos los proponentes a la evaluación recibida, y a las ofertas presentadas por todos los proponentes.

De la ponderación realizada al finalizar el proceso se encuentra que Unión Temporal Centros Poblados cumple con los requisitos jurídicos, técnicos y financieros, por lo tanto, es habilitado para continuar con el proceso. Así mismo, se le asignan once puntos adicionales en apoyo a la industria nacional y por contar con trabajadores en condición de discapacidad.

Posteriormente se hace el sorteo con balotas de la primera región a adjudicar, el cual resulta ser la A. Así mismo, se da a conocer los requisitos adicionales solicitados por la entidad para la audiencia de adjudicación y de esta forma se efectuó la asignación de los puntajes. Para el caso de la Unión Temporal Centros Poblados obtuvo el segundo lugar con un total de 95,86 puntos, en la tabla de los puntajes de acuerdo con los criterios y puntajes así discriminados:

- a. Trabajadores en condición de discapacidad: 1 punto.
- b. Apoyo a la industria nacional: 10 puntos.
- c. Velocidad ofertada adicional: por 6 Mbps adicionales, 19 puntos.

- d. Tiempo ofertado adicional: por 18 meses adicionales, 30 puntos.
- e. Centros digitales ofertados adicionales: por 2.518 centros adicionales, 35,8561766 puntos.

Es así como el Comité recomendó la adjudicación a Comunicaciones Celular S.A. COMCEL S.A. de la Región A.

Así mismo, se realiza el sorteo de la Región B, caso en el cual la Unión Temporal Centros Poblados obtuvo el primer lugar con un total de 100 puntos, en la tabla de los puntajes de acuerdo con los criterios y puntajes así discriminados:

- a. Trabajadores en condición de discapacidad: 1 punto.
- b. Apoyo a la industria nacional: 10 puntos.
- c. Velocidad ofertada adicional: por 6 Mbps adicionales, 19 puntos.
- d. Tiempo ofertado adicional: por 18 meses adicionales, 30 puntos.
- e. Centros digitales ofertados adicionales: por 2.526 centros adicionales, 40 puntos.

Por consiguiente, el Comité recomendó la adjudicación de la Región B a la Unión Temporal Centros Poblados atendiendo que la evaluación siguió los lineamientos establecidos en el pliego de condiciones.

1.6. Resolución de adjudicación

El Fondo Único de Tecnologías de la Información y las comunicaciones mediante la Resolución No. 1138 de 2020 adjudica las Regiones A y B de la licitación pública No. FTIC-LP-038-2020. Para el caso de Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 se le adjudicó la Región B.

Como conclusiones de este capítulo es pertinente mencionar que en lo concerniente a la evaluación de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020, respecto de la documentación aportada por la Unión Temporal se observa el cumplimiento íntegro de la documentación requerido para acceder a la licitación pública como proponente.

Sin embargo, se hace énfasis en el punto en que el Ministerio y el Fondo no hacen claridad en la evaluación elaborada de que la garantía bancaria presentada fue verificada y que se probó que era real, como si se manifestó en reiteradas oportunidades en la audiencia de adjudicación que los documentos aportados por los proponentes fueron verificados. Por consiguiente, la omisión o la evasión a la verificación de un documento fundamental en el cumplimiento del contrato es un indicio de la configuración de un delito penal.

Capítulo 2. El delito de la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales

En la generalidad los contratos se entienden como un acuerdo de voluntades el cual permite a las partes satisfacer de forma recíproca unas necesidades pactadas, para el caso del Estado la contratación que realiza tiene origen en la necesidad pública que la administración suple con la contratación de personas idóneas para ejecutar cada contrato, cumpliendo con los principios de la contratación estatal, los derechos y deberes que le asisten a cada parte. Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia que dispone:

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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

En el ejercicio de la actividad contractual pueden suceder que el actuar de los servidores públicos y los intervinientes en este ámbito perjudiquen a la administración, es por esto que el legislador creó tipos penales enfocados en esta área a través del capítulo celebración indebida de contratos, en el Código Penal Colombiano que se dedica a tipificar las conductas de los servidores públicos que constituyen delitos, para el caso en particular el artículo 410 desarrolla el tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Como lo menciona Santofimio (2000) “el legislador pretende elevar a conducta punible, no toda infracción o desconocimiento al principio de legalidad del contrato del Estado, sino de

manera exclusiva y particular aquella relacionada con las exigencias centrales o esenciales (...)” (p. 112). Esto es que el tipo penal vela por el cumplimiento de los requisitos que disponga la ley para cada una de las etapas contractuales y que están a cargo de la vigilancia del servidor público.

Este tipo penal es aplicable a la etapa precontractual y en la liquidación, y depende de los parámetros que disponga la legislación vigente los cuales determinen los requisitos con los cuales se pueda determinar la ocurrencia de la omisión. Este tipo penal es de aquellos que la doctrina ha descrito como tipos penales en blanco, hallazgo del tratadista alemán Karl Binding en su estudio de la estructura del tipo penal en el texto; lo anterior debido a que estos tipos remiten a otras disposiciones legales que le complementen, que en la discusión de la legalidad e importancia de estos tipos la Corte Suprema de Justicia destaca que estos tipos penales permiten desde el principio de legalidad que la norma se complemente con el fin de dar claridad al delito³, así mismo se explica que en estos tipos:

la conducta no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que es preciso acudir a un precepto del mismo ordenamiento o de otro, a fin de precisar con nitidez su contenido en punto de realizar el proceso de adecuación típica, amén de establecer, entre otros factores, por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad, razón por la cual, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente, siempre que este sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción. (Sentencia del 12 de diciembre de 2005 Corte Suprema de Justicia)

Las normas complementarias al tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales son aquellas en las que se desarrolle la contratación estatal como la Ley 80 de 1993 y las normas de orden superior como la Constitución Política de Colombia; así mismo, ha de tenerse en cuenta la modalidad y tipo de contratación, los documentos expedidos por la entidad contratante en la etapa precontractual entre las cuales se destaca el pliego de condiciones que disponen los requisitos que los oferentes deben cumplir para ser beneficiarios de la adjudicación.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de diciembre de 2005. MP: Marina Pulido de Barón. Expediente 23899.

Ahora con el fin de identificar cómo se adecua este delito a una situación en específico se describirán los elementos estructurales del tipo penal sujeto de este estudio, así:

- a. Sujeto activo: dentro de la redacción del tipo se establece que el sujeto activo, mono subjetivo y determinado es el servidor público que realiza una conducta activa desde el ejercicio de sus funciones.
- b. Sujeto pasivo: el Estado es el sujeto pasivo del tipo dado que es quien se ve afectado por el actuar del servidor público quien le representa a través de sus funciones y por su actuar afecta la función que cumple el contrato adjudicado o por adjudicar.
- c. Objeto jurídico: el bien jurídico tutelado por este tipo penal es la administración pública el cual ha sido definido desde la ciencia por Sánchez (2001):

La Administración Pública tiene un solo objeto de estudio, es decir, la actividad organizada del Estado. Sin embargo, existen diferentes interpretaciones del "objeto de estudio" que históricamente se han constituido como orientaciones de estudio, que han sido: 1) el Estado; 2) el gobierno; 3) el poder; 4) el poder ejecutivo; 5) los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial); 6) la burocracia; 7) la teoría organizacional; 8) el management público y 9) las políticas públicas (policy), entre otros. Estas últimas orientaciones -burocracia, teoría organizacional, management y políticas públicas- son las más representativas en la actualidad. Cada una de estas orientaciones, en su campo, reclama para sí su propio objeto de estudio y disciplina, aunque en realidad son diversas disertaciones sobre un mismo objeto de estudio. A nuestro parecer, intentar estudiar las de manera separada y única supone una mayor confusión y complejidad, debido a que su núcleo original es: la Administración Pública. (p. 17)

- d. Conducta: el elemento del tipo que se distingue en el delito objeto de estudio es aquella en la que el servidor público omite la revisión de los requisitos legales ya sea para la adjudicación de un contrato o la liquidación del contrato. Este tipo de conducta se puede clasificar en el derecho penal como una comisión por omisión la cual permite establecer que el servidor público tiene el deber de proteger la administración pública y omite este deber para la comisión de este delito⁴, considerándose la configuración de una posición de garante del funcionario al encontrarse en la posibilidad de evitar la lesión al bien jurídico con la observancia de los requisitos legales.

⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Comisión y Omisión. Criterios de Distinción*. En: *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004, p.16.

En cuanto a la jurisprudencia y el desarrollo del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha tratado este delito así:

- Naturaleza: Corte Suprema de Justicia, Sentencia AP1188 2021 del 24 de marzo de 2021, radicado: 53263, Magistrado Ponente: Hugo Quintero Bernate.

En esta sentencia la ha de destacarse que se menciona que la naturaleza de este delito es independiente y autónoma a otros delitos con los que pueda concurrir en concurso, como en es el caso del peculado por apropiación; es decir, que la materialización de un delito no conduce a la comisión de otro delito. Así mismo, se menciona que la jurisprudencia ha establecido que

uno es el comportamiento aludido en la primera modalidad, donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales; y otro, el de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos **la prohibición consiste en no verificar** el cumplimiento de los presupuestos legales inherentes a cada una de tales etapas. Situación última que acaeció en el presente asunto. (CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21.547 y SP 23 mar. 2006, rad. 21.780) (Subrayado y negrilla fuera del original).

En este mismo sentido, la sala hace un análisis del delito así:

Los verbos rectores son **-tramitar-** conducta de acción (**primera modalidad**) contrato sin observar sus requisitos legales esenciales y **-no verificar-** conducta de omisión o propia de no hacer, durante una fase o periodo en particular; ya sea en la celebración (**segunda modalidad**) o en la liquidación (**tercera modalidad**) el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Respecto del servidor público que comete el delito la sentencia menciona que ellos tienen el deber de ejercer la supervisión de la legalidad de los procesos contractuales porque son quienes están a cargo de dineros del erario.

Ha de resaltarse que del caso objeto de estudio de la sentencia, se le acusa a la servidora pública de peculado por apropiación al dar la orden de pago del anticipo cuando el contrato no cumplía con los requisitos legales, situación que puede asimilarse al caso de la licitación pública N° FTIC-LP-038-2020. Respecto de este concurso de delitos la Corte Suprema establece que

Conviene decir, en el presente asunto, era indispensable señalar, cómo se materializó el peculado por apropiación a favor de terceros y cuál era el conocimiento y voluntad en la actuación de la procesada. Es decir, **debió demostrarse que, en efecto, la suscripción del contrato apenas fungió como medio efectivo en el cometido de hacerse ilegalmente a los dineros de la administración.** Puesto que, no se puede aplicar el silogismo jurídico construido bajo la forma; siempre que se presenta un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, su consecuencia es la materialización del delito de peculado por apropiación. (Subrayado y negrilla fuera del original).

- Tipicidad: Corte Suprema de Justicia, Sentencia SEP00053-2021 del 20 de mayo de 2021, radicado: 48896, Magistrada Ponente: Blanca Nélide Barreto Ardila.

Para la Sala la estructuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se requiere que el sujeto sea un servidor público y ser quien ostenta la competencia para intervenir en el proceso contractual en todas sus etapas y ejercer la conducta con la cual no se de cumplimiento a los requisitos legales. La conducta se considera que no requiere un perjuicio concreto al bien tutelado, la norma sanciona el interés particular que causa un detrimento al erario.

Se menciona que es un tipo en blanco por la que debe acudir a la Ley 80 de 1993, las normas que regulen regímenes especiales de contratación y así reconocer los requisitos de cada contrato. Así mismo, el tipo penal garantiza los principios de la contratación como lo son la transparencia, economía, responsabilidad, planeación, igualdad y selección objetiva.

Por otro lado, se menciona que el delito solo admite una conducta dolosa por lo que acuden el conocimiento de la tipicidad y la voluntad de realizar el ilícito.

- Principios de la contratación: Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de septiembre de 2003, radicado: 17089, Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

Para la Sala parte de las normas que complementan este tipo penal en blanco se encuentran los principios de la contratación estatal consagrados en la Constitución Política así:

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos

legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993 (estatuto de la contratación pública). (...)

Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública. La existencia de invitación a ofertar, la evaluación técnica imparcial, la acreditación de experiencia y la concesión de un puntaje justo a los concursantes son factores integrantes del principio de selección objetiva. Cuando se promueve la ausencia o la manipulación de tales exigencias, con conocimiento y voluntad inteligentemente dirigidos al desconocimiento del principio de selección objetiva, entonces se está ante un evento típico de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales.

- Requisitos esenciales: Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3478-2021 del 11 de agosto de 2021, radicado: 53219, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

La documentación expedida en la etapa precontractual por la entidad que realiza el proceso de contratación son un requisito esencial en la contratación pública para el cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad dado que le permite a los oferentes y a la ciudadanía conocer la necesidad y pertinencia del proyecto que buscan ejecutar y así mismo hacer las oposiciones a las que haya lugar. Así mismo:

acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que esa formalidad legal precontractual ostenta carácter esencial, inclusive en la modalidad de contratación directa; por lo que, su inobservancia tiene la potencialidad de actualizar el supuesto típico de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Así lo explicó en la sentencia SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037 (reiterada en la SP513-2018, feb. 28, rad. 50530 y SP4546-2019, oct. 23, rad. 54848):

... la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, así como su documentación previa a la celebración del contrato constituyen requisitos de orden esencial a la tramitación del mismo, por ser aplicables al proceso de selección del contratista. Representan un desarrollo preponderante del principio de economía y su corolario de planeación

(art. 25 num. 7º y 12 de la Ley 80 de 1993), que en todo caso deben articularse con los principios de transparencia (art. 24 ídem), responsabilidad (art. 26 ídem) y selección objetiva (art. 29 ídem), a fin de que la facultad conferida por disposición legal a la administración para celebrar contratos no se torne en arbitrariedad y vicie la legitimidad del proceso contractual, por desconocer las finalidades de la función administrativa. De suerte que si un contrato estatal, incluido el de prestación de servicios por vía directa, se celebra sin estar precedido del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial a su tramitación. Y esto realiza objetivamente el tipo penal previsto en el art. 410 del CP.

En conclusión, la realización del tipo penal de la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales puede configurarse si se llega a omitir el estudio de la oferta y que esta se ajuste a los requerimientos presentados en los estudios previos y demás documentos que compongan la etapa precontractual.

Ahora el análisis del delito objeto de estudio se centra en aspectos que en la doctrina se han plasmado como relevantes; es así como para Santofimio Gamboa en su obra del año 2000 el principio de legalidad es importante en este tipo de delitos toda vez que a través de este principio se establecen los requisitos que el legislador considera esenciales en un contrato estatal. Así mismo:

el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público o de los particulares que ejerzan función administrativa, sin sujeción a la cual los actos y contratos por ellos proferidos o celebrados se consideran ilegales y en consecuencia carentes de validez. (Santofimio, 2000, p. 116)

Prosiguiendo con el análisis del principio de legalidad, puede decirse que el ordenamiento jurídico existe con el fin de que la administración se ciña a sus mandatos y sus actuaciones no se basen en la voluntad de las personas. Este principio puede explicarse así:

Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar. (Kelsen, 1995, p. 277)

Los fundamentos del principio de legalidad en Colombia pueden extraerse de la Constitución Política principalmente y luego por las normas que regulen en específico la materia, como en el caso en particular las leyes que regulen la contratación estatal, los documentos que se elaboren previo al proceso de contratación y reglamenten el proceso de contratación como puede ser el pliego de condiciones, entre otros. A esta evaluación de los procesos contractuales con la norma es definida por Santofimio (2000) como la actividad o potestad reglada.

Caso contrario el autor menciona que existe la discrecionalidad pero que esto es una excepción en la contratación estatal y como él lo menciona “uno de los principios fundamentales que rigen la institución es el de la objetividad” (p. 122). Sin embargo, menciona más adelante que a la administración se le permite “realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el propósito de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general.” (p.124). Todo ello con la discrecionalidad que permita la norma, de ello Santofimio (2000) propone como ejemplo de ello el artículo 36 del Código Administrativo, que en la actualidad es el artículo 44 de la ley 1437 de 2011.

Para identificar los requisitos legales esenciales y no esenciales Santofimio (2000) propone que

Debemos evaluar el ordenamiento de tal manera que podamos con certeza aproximarnos, en primer lugar, a los requisitos legales esenciales para el trámite de un contrato; en segundo lugar, a los requisitos esenciales para su celebración, y en tercer lugar, a los requisitos esenciales para la liquidación del mismo (...). (p. 132).

Del caso en estudio de la licitación pública N° FTIC-LP-038-2020, ha de mencionarse que la primera y la segunda regla serán las que se apliquen porque así se establecen los requisitos que establece la ley, los principios generales de la contratación estatal y así mismo se integran los requisitos que debieron cumplirse de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones. De este aspecto se concluye que la evaluación legal y de los requisitos propios de la licitación se realizaron por parte del Comité Evaluador del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia y evidencia de ello fue la audiencia de adjudicación, en la que se establece qué requisitos se cumplen por parte de los oferentes tanto en lo legal como en los requisitos propios de la licitación.

Para Santofimio el estudio del delito del artículo 410 del Código Penal se funda en el principio de legalidad y se entiende que aquello tiene razón en la repercusión que tiene la

omisión de los requisitos para la adjudicación de un contrato, puesto que para el autor se estaría frente a tres escenarios la ineficacia, la inexistencia, la nulidad absoluta o relativa, explicados así:

- La ineficacia afecta la vinculación del contrato al mundo jurídico con lo que perdería todo efecto que se espera produzca. De aquí se desprende la invalidez que es la contravención de las disposiciones contractuales a la ley, que si esto sucede puede llevar a evaluar la inexistencia del contrato, la nulidad o la anulabilidad.
- La inexistencia significa que el contrato no cumple con los requisitos legales que son sustanciales para su nacimiento a la vida jurídica; ahora si las disposiciones del contrato son contrarias a la ley, no cumple con los requisitos legales o no se llevó a cabo una solemnidad propia para el contrato se presenta la nulidad del contrato, esta circunstancia debe ser reconocida y declarada judicialmente, en este punto se debe distinguir si la nulidad puede sanearse o no, por ello habrá nulidad absoluta si no se puede sanear la causa que dio origen a la nulidad que puede declararse por el juez ya sea de oficio cuando las partes no lo soliciten o a solicitud de las mismas, y la nulidad será relativa si el vicio al que se enfrenta el contrato puede solventarse se de alguna forma si las partes así lo desean, esta nulidad relativa también requiere que se declare judicialmente a solo petición de las partes.

En el estudio de los requisitos del contrato el autor Santofimio Gamboa menciona que en lo concerniente a la contratación estatal será pertinente verificar el cumplimiento de las exigencias:

1. Técnicas para la elaboración de los proyectos.
2. El Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.
3. Análisis de oportunidad.
4. Análisis o estudio de los mercados para la determinación del precio del contrato.
5. Obtención de licencias, permisos y demás exigencias.
6. Elaboración de pliego de condiciones, términos de referencia, solicitudes de oferta.
7. Requisitos previos relacionados con el proponente.

Finalmente, para Santofimio Gamboa debe incluirse en este estudio el principio de transparencia en la contratación estatal el cual impregna todas las etapas de la licitación pública, desde el pliego de condiciones hasta la suscripción del contrato. Al respecto, la ley determina

cómo debe cumplirse este principio en las etapas contractuales conforme al artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que establece:

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

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

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

5o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los pliegos de condiciones **o términos de referencia:**

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

b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o **concurso**.

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

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

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

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

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos ~~o términos de referencia~~ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los avisos de publicación de apertura de la licitación ~~o concurso~~ y en los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

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

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

9o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

En este mismo sentido el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo define este principio así:

La transparencia se refiere a la necesidad de que todo el proceso de selección del contratista se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre el desarrollo de cada una de las etapas de dicho proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier decisión que sea adoptada en el proceso debe estar debidamente motivada y cualquier persona debe tener la posibilidad de verificar y cuestionar esa motivación. Debe garantizarse claridad absoluta sobre los fundamentos que tiene la administración en su actuación, desde que decide comprometer recursos a un determinado proyecto hasta que el destinatario recibe los bienes o servicios contratados.

Los principios de legalidad y transparencia tienen un papel fundamental en el estudio de la licitación pública objeto de estudio dado que la configuración del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales se funda principalmente en la inobservancia de las garantías aportadas por el oferente, aspecto que será evaluado y adecuado en el siguiente capítulo.

Capítulo 3. La adecuación típica del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de requisitos legales en el contrato otorgado a Unión Temporal Centros Poblados 2020

Para adentrarse en el estudio del caso del contrato otorgado a la Unión Temporal Centros Poblados 2020 es pertinente mencionar que la vigilancia realizada por la periodista Paola Herrera junto con W Radio, a la ejecución del contrato permitió poner en el ojo de la opinión pública que la ejecución del contrato otorgado a la Unión Temporal Centros Poblados 2020 se encontraba con retrasos dado que como mencionó el medio periodístico el 16 de junio de 2021⁵ para abril de 2021 solo se había ejecutado en uno punto dos por ciento (1.2%) del contrato y a febrero de ese mismo año se había realizado el desembolso del anticipo por un valor de SETENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DE PESOS (\$70.243.000) que corresponde al siete por ciento (7%) del valor del contrato.

Según se informó en el mencionado artículo la Unión Temporal Centros Poblados 2020 “solicitó la modificación del cronograma de ejecución por la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, que si no es aprobada por la interventoría podría llevar a las primeras sanciones a esta Unión Temporal”. Las sanciones de las que se habla se refieren a que el contratista puede incurrir en un incumplimiento contractual.

De acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio⁶ el 25 de junio de 2021 se realizó la audiencia por el presunto incumplimiento de la Unión Temporal Centros Poblados 2020 y por consiguiente a la entidad bancaria el Banco Itaú quien era garante del proyecto; sin embargo, en esta audiencia la entidad bancaria anunció que ellos no habían expedido la garantía aportada por el contratista en la oferta, el representante del banco aclaró que las firmas en el documento eran falsas.

⁵ Seis meses después, uno de los contratistas del MinTic no ha hecho nada. (16 de junio de 2021). *W Radio*. Recuperado de: https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/seis-meses-despues-uno-de-los-contratistas-del-mintic-no-ha-hecho-nada/20210616/nota/4143594.aspx?_gl=1*1sxolsz*_ga*NHBkZ29ZQjNGYmgzZGZ6cEd5d2F4SjVxM085ZHIQRE9ITnd1NzZJWmxTWkRsd1Fpa25TSGV6NXJDMI9rY1h1SA

⁶ ‘¡No sigan engañando! La declaratoria de caducidad fue por la falta de garantía bancaria’: Karen Abudinen, minTIC. (26 de agosto de 2021). *Sala de Prensa MinTIC*. Recuperado de: <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/179506:No-sigan-enganando-La-declaratoria-de-caducidad-fue-por-la-falta-de-garantia-bancaria-Karen-Abudinen-minTIC>

Ante esta situación el Ministerio presentó las respectivas denuncias ante la Fiscalía General de la Nación, se le dio traslado a la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la Nación y se atendieron sus requerimientos.

Como consecuencia del hallazgo el Ministerio declaró la caducidad del contrato 1043 de 2020 a través de la Resolución 1747 del 19 de julio de 2021, que se confirmó con la Resolución 2013 del 13 de agosto de 2021 y fue ejecutoriada hasta el 17 de agosto de 2021.

De acuerdo con los medios de comunicación⁷ se conoció que el contratista Centros Poblados presentó tres garantías bancarias que resultaron ser falsas, garantías que según el contratista habían sido expedidas por el Banco Itaú y con ellas se respaldó el buen manejo, correcta inversión del anticipo y el pago de los salarios y prestaciones sociales. A partir de este hecho es procedente evaluar las consecuencias jurídicas del actuar de los servidores públicos que evaluaron la propuesta del contratista dado que la evaluación de la propuesta no se hizo correctamente, respecto de la procedencia de estas pólizas y con ello procedieron a otorgar la licitación y desembolsar el dinero del anticipo, a un oferente que no cumplía con los requisitos exigidos por la licitación.

En consonancia con los requisitos de la licitación es pertinente mencionar que como se indicó en el primer capítulo en el pliego de condiciones, uno de los requisitos era la constitución de dos garantías, la primera que sea de seriedad de la propuesta de los oferentes y la segunda la constituye a quien se le adjudicó el proyecto; adicionalmente se requiere un seguro de responsabilidad civil y de manera opcional un seguro que cubra todos los riesgos posibles. Como requisitos de la garantía bancaria se menciona que:

Las garantías bancarias y las cartas de crédito stand by deberán cumplir las siguientes condiciones:

Ordenante: Oferente o cada uno de los integrantes de oferentes plurales.

Garante: Banco con domicilio en Colombia para Oferentes con domicilio local o, si se trata de Oferentes extranjeros sin sucursal ni domicilio en Colombia, deberá ser emisor un banco extranjero que tenga corresponsalía en Colombia. El banco corresponsal tiene la obligación de confirmar la garantía, asumiendo la responsabilidad ante el beneficiario

⁷ Fueron tres las pólizas falsas que Centros Poblados presentó al MinTIC. (28 de julio de 2021). W Radio. Recuperado de: <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/fueron-tres-las-polizas-falsas-que-centros-poblados-presento-al-mintic/20210728/nota/4154426.aspx>

en los mismos términos que el emisor, a partir de la fecha en qué se haya otorgado la confirmación y cumplir con los requisitos detallados en el numeral 8 del presente pliego.

Beneficiario: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Condición de irrevocable y a primer requerimiento.

Requisitos de exigibilidad: Presentación de la garantía y acto administrativo declarando el incumplimiento y el monto a cobrar.

Plazo para pago: Ocho (8) días hábiles siguientes a la presentación de los requisitos de exigibilidad.

En este mismo sentido, se estableció que en la licitación y revisión de los documentos presentados por la Unión Temporal Centros Poblados 2020 se presentó un documento que mencionaba ser una garantía bancaria de parte del Banco Itaú. Ello como constancia que en su momento el oferente presentó en tiempo la garantía y en la evaluación efectuada por los servidores públicos del Ministerio no hubo observación alguna. Así mismo, ha de mencionarse que en la audiencia de adjudicación no se realizaron observaciones de la póliza presentada en la oferta de la mencionada Unión Temporal, por parte del Ministerio, los otros oferentes o las veedurías. La evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal es elaborada por una abogada de la Subdirección de Gestión Contractual y aprobada por la Subdirectora de Gestión Contractual; en esta evaluación se encuentra que se presentó la garantía conforme se solicitó sin ninguna observación. Otro dato adicional a los cargos de las funcionarias del Ministerio es que en sus renunciaciones⁸ ellas manifiestan que la verificación de los documentos fue realizada por la empresa SES Colombia, quien fue contratada por el Ministerio con esta finalidad y no reportaron irregularidades en el estudio de las pólizas presentadas.

Respecto de comité evaluador en el proceso, ha de mencionarse que el Decreto 1082 de 2015 establece que:

⁸ Escándalo MinTIC: renuncia secretaria general y otra funcionaria tras polémica por contrato de Centros Poblados. (09 de septiembre de 2021). Revista Semana. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/escandalo-mintic-renuncia-secretaria-general-y-otra-funcionaria-tras-polemica-por-contrato-de-centros-poblados/202115/>

La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones (...) (artículo 2.2.1.1.2.2.3.).

Fruto de la evaluación realizada el comité debe presentar un informe de evaluación en el que se dé estricto cumplimiento al pliego de cargos para evaluar el cumplimiento de los requisitos, como lo menciona la norma el estudio debe ser objetivo y debe contener la evaluación en los aspectos jurídicos, económicos, técnicos y si cuentan con la experiencia requerida. Con ello se logra determinar el oferente más indicado y que cumple las mejores condiciones los requisitos.

Es así como ocurre en el caso en que los oferentes no cumplen con los requisitos o sus ofertas presentan deficiencias el comité evaluador debe establecer si se deben hacer aclaraciones, o se debe subsanar o definitivamente rechazarlas. Caso contrario si se encuentra el cabal cumplimiento de los requisitos el comité debe proceder a la asignación de los puntajes que le corresponden y así adjudicar el contrato.

Para el caso en particular, como se mencionó anteriormente y en el primer capítulo, al contratista Centros Poblados no se les hizo observaciones a las pólizas presentadas en la oferta y en las que fueron allegadas previo al desembolso del anticipo. Es así como se presenta una omisión de quienes tenían a su cargo la revisión de la procedencia y veracidad de las pólizas, porque objetivamente la revisión no es simplemente verificar que se presentó un documento, sino que el Ministerio debía fundamentar en hechos ciertos e indiscutibles que el proyecto iba a ser otorgado a un oferente que había realizado diligentemente la solicitud de una póliza real que respaldara el contrato otorgado.

En este caso como se mencionó anteriormente se presentó una omisión por parte de los servidores públicos al realizar una conducta que el ordenamiento jurídico expresamente prohíbe y esto es el otorgar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. Esto debido a que como se expuso en el segundo capítulo el legislados expresamente señaló que es un delito cuando el servidor público en el ejercicio de sus funciones tramite un contrato sin que se verifique que el oferente cumple con los requisitos legales esenciales que se piden para

el proceso contractual, por ello se estructurará la adecuación del tipo penal al caso en concreto así:

3.1. Los cargos y las funciones de quienes aprobaron la evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados 2020

Conforme se encuentra en la parte final de la evaluación jurídica publicada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la evaluación fue elaborada por la señora Natalia Marcela Cortés como abogada de la Subdirección de Gestión Contractual, aprobada y firmada por la señora Sandra Orjuela Méndez como Subdirectora de la Gestión Contractual.

Al respecto, existe una inconsistencia en las fechas dado que la licitación objeto de estudio inició en el año 2020 y el nombramiento de la señora Natalia Marcela Cortés fue hasta el año 2021 donde la entidad solamente publica el nombramiento a través de la Resolución N° 00079 del 19 de enero de 2021; en todo caso, la evaluación corrobora que la funcionaria prestaba sus servicios al momento en que se realizó la verificación de la oferta de la Unión Temporal. Este nombramiento fue en provisionalidad y se le asignó el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 20 de la Subdirección de Gestión Documental.

Las funciones esenciales asignadas al cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 20 de la Subdirección de Gestión Documental según el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, son:

1. Realizar las acciones necesarias para adelantar las actividades administrativas de derecho administrativo y contractual, de acuerdo con el marco normativo vigente.
2. Efectuar la revisión de los actos administrativos de la dependencia, de acuerdo con el procedimiento definido y la normatividad vigente.
3. Controlar y monitorear las actividades necesarias para el desarrollo del proceso de contratación institucional, en las etapas precontractual, contractual y poscontractual verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con las normas que rigen la materia.
4. Revisar los estudios previos de los procesos de selección elaborados por las diferentes áreas de la Entidad.

Adelantar la evaluación y calificación de propuestas en su componente jurídico, de acuerdo con el procedimiento establecido.

5. Consolidar, los expedientes al interior de las actuaciones necesarias para la imposición de sanciones, declaratorias de caducidad e incumplimientos a los contratos, de competencia de la Subdirección de Gestión Contractual.

6. Elaborar los informes que le sean solicitados por parte de las diferentes dependencias que lo requieran, los organismos de control y cualquier entidad pública o veeduría ciudadana.

7. Asistir a los comités, audiencias, juntas o consejos en los cuales sea delegado por el jefe inmediato.

8. Estudiar, evaluar y conceptuar sobre las materias de competencia del área interna de desempeño, y absolver consultas, peticiones, quejas y reclamos de acuerdo con las políticas del Ministerio.

9. Realizar el seguimiento al plan anual de adquisiciones de la entidad, de acuerdo con los parámetros establecidos por la entidad

10. Las demás funciones asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del empleo.

(p.1242 y 1243)

Por otro lado, se encuentra en los documentos publicados que la señora Sandra Orjuela Méndez fue nombrada a través de la Resolución 001422 del 10 de agosto de 2020 como Subdirectora Técnica Código 0150 Grado 21 y las funciones esenciales según el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, son:

1. Dirigir la ejecución y el seguimiento al proceso de contratación de bienes y servicios requeridos por el Ministerio y el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, velando porque las políticas y planes generales de contratación se cumplan de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la ley para ello.

2. Orientar a los ordenadores del gasto y a todas las dependencias en la ejecución y dirección de las etapas precontractual, contractual y poscontractual en los procesos

de contratación de bienes y/o servicios del Ministerio y del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

3. Administrar las audiencias de las etapas precontractual, contractual y poscontractual a que haya lugar, sin que lo anterior implique la ordenación del gasto y/o la toma de decisiones por parte del Ministerio y del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

4. Dirigir la elaboración de pliegos de condiciones, resoluciones, contratos, actas, certificaciones, adiciones, adendas, modificaciones, constancias, aclaraciones, prórrogas o cualquier otro documento necesario para las etapas precontractual, contractual y poscontractual.

5. Liderar el proceso de publicación de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública y en el Sistema de Rendición Electrónica de la Cuenta e Informes - SIRECI conforme a la normatividad vigente.

6. Aprobar las garantías o pólizas de cumplimiento exigidas en los contratos celebrados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, velando por que reúnan las condiciones de amparo, vigencia y valor estipulados en los contratos, exceptuando las correspondientes a los contratos de concesión para la prestación de los servicios de comunicaciones.

7. Liderar las actuaciones necesarias para la imposición de sanciones, declaratorias de caducidad e incumplimientos a los contratos, en los casos que no son de competencia de la Dirección de Vigilancia, Inspección y Control.

8. Liderar la preparación, presentación y respuesta oportuna a los informes y demás requerimientos solicitados por los entes de control y grupos de interés, concernientes

las actividades y contratos desarrollados.

9. Liderar la actualización del Manual de Contratación, en caso de ser requerido.

10. Liderar el seguimiento a las actas de liquidación y actas de cierre elaboradas y suscritas por parte de los supervisores de los contratos.

11. Fijar el lineamiento para la integridad de la carpeta contractual, en el sentido de verificar que los requisitos exigidos por la Ley, se encuentran previamente acreditados en el expediente respectivo, en coordinación con los supervisores designados.

12. Liderar la consolidación del Plan Anual de Adquisiciones (PAA), el seguimiento a su ejecución y la presentación de informes.

13. Las demás que le sean asignadas, inherentes a la naturaleza de la dependencia. (p. 1233 y 1234)

3.2. La omisión en el derecho penal y su adecuación a la conducta de los servidores públicos que aprobaron la evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados 2020

La ley penal en Colombia establece que “quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal” (Código Penal, artículo 25). En este sentido el legislador establece que la omisión es una conducta que puede configurar la comisión de una conducta penal.

En este mismo sentido el delito de la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales castiga que el servidor público tramite el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales; dado que aquel tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los requisitos en virtud de las funciones a su cargo. En este delito el legislador dispuso que se penara la omisión del cumplimiento de las funciones, dado que está en su poder proteger a la administración pública, es así que en este tipo de delitos se presenta la comisión por omisión así:

En los delitos contra la Administración Pública tiene aplicación el artículo 25 del Código Penal, de manera concreta, según lo prescrito por los incisos 1 y 2, ya que los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 25, únicamente tienen aplicación cuando se trata de conductas que

atente contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

La función pública es reglada, y como tal las funciones de los servidores públicos lo son también, por lo que se espera que los servidores públicos cumplan con los deberes que la Constitución y la ley les impone. Si contrario sensu, el servidor público defrauda las expectativas que su rol le impone, bien por infringir la Constitución y la ley, ora por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, deviene como consecuencia obligada la responsabilidad del servidor público, desde diferentes ópticas, una de ellas, la penal.

Ya, si de los deberes jurídicos impuestos y exigibles al servidor público se desprende la posibilidad de impedir un resultado, su omisión en impedirlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. En los delitos contra la Administración Pública, con respecto al servidor público, se pueden determinar, con facilidad, tres cosas: los deberes jurídicamente exigibles; la posición de garante que en algunos eventos ocupa, y con ello, la obligación de impedir resultados típicos. (Uribe, 2012, p. 125-126)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto el servidor público adquiere una posición de garante dado que la misma reglamentación que establece las funciones propias del cargo es el punto de referencia que la ley determina qué puede exigírsele al funcionario. Que en el caso en concreto puede identificarse que las funcionarias de la Subdirección de Gestión Contractual debían verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por parte de los oferentes.

Por otro lado, la tipificación del delito del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales según la jurisprudencia estableció tres parámetros:

i) solo es predicable de las fases de trámite, celebración y liquidación; ii) aunque los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y los que rigen la contratación administrativa en general son aplicables a todos los contratos celebrados por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, la alusión genérica a la trasgresión de dichos principios no puede aceptarse como referente suficiente para tener por estructurada la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y iii) para constatar si se ha configurado, debe considerarse el tipo de contratación y el régimen jurídico a que está sometido. (Corte Suprema de Justicia, 2021, Radicado N° 58201, p. 13)

Para el caso en particular se ha podido establecer a lo largo del escrito que la etapa en que los servidores públicos cometieron el delito es en la fase de trámite y celebración la conducta punible se cometió trasgrediendo los requisitos legales y los requisitos desarrollados en el pliego de condiciones propios del proceso contractual, y el tipo de contratación fue una licitación pública en la cual se cumplieron todas las etapas necesarias para otorgar el contrato, en las que se dio la oportunidad de evaluar la oferta y las garantías presentadas sin que se advirtiera que existía una incongruencia en las garantías presentadas. Por ello es procedente establecer que en el caso del contrato adjudicado a la Unión Temporal Centro Poblados 2020 se adjudicó sin que se observara el cumplimiento de las garantías requeridas y con ello se configurara un delito para los servidores públicos que verificaron la autenticidad de las garantías tipificado en el Código Penal como contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Conclusiones

Fruto de los hallazgos publicados por los medios de comunicación se advirtió que existía unas irregularidades en el proceso de licitación y contratación respecto de las garantías presentadas por la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 dentro de la licitación pública N° FTIC-LP-038-2020, por lo que se consideró pertinente estudiar desde la academia las implicaciones legales de la omisión de los servidores públicos que no advirtieron la ilegalidad de las garantías aportadas.

Del estudio efectuado se pudo determinar que el proceso contractual realizado en el proceso de licitación pública N° FTIC-LP-038-2020 se realizó con todas las formalidades requeridas legalmente con los estudios previos y se establecieron los requisitos que debían cumplir los oferentes a través del pliego de condiciones. Se dio publicidad al proceso a través del sistema SECOP II. Ha de resaltarse que se requería por parte de los oferentes una capacidad jurídica y financiera; además de comprometer a los oferentes a presentar mejores condiciones en la velocidad, tiempo y cobertura.

Algo que resaltó en los estudios previos es que la modalidad de contratación elegida fue el contrato de aporte donde se le asignan los recursos al adjudicatario y aquel usando estos recursos como propios desarrolla bajo su propio riesgo el contrato adjudicado. Sin que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones estableciera por qué habría de elegir ese tipo de contrato.

Se requirió como parte de la oferta una garantía de seriedad de la propuesta y al momento de adjudicarse debía contratarse otra garantía, además de los seguros de responsabilidad civil.

Con la resolución de apertura se inició la licitación pública y se dio paso a la recepción de las ofertas de las personas jurídicas que consideraban cumplir los requisitos legales y los requisitos dispuestos en el pliego de condiciones.

En el estudio de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 se pudo determinar que se presentaron todos los documentos requeridos por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones conforme al pliego de condiciones. De esta oferta se extrae que se unieron varias personas jurídicas que según los documentos aportados contaban con la experiencia requerida para ejecutar este tipo de contratos.

Así mismo, se determinó que el Ministerio realizó las evaluaciones correspondientes a la propuesta de la Unión Temporal y en las evaluaciones no encontraron inconsistencias que

condujeran a concluir que aquel oferente no cumplía con los requisitos legales y los exigidos en el proceso. Es así como, en la culminación del proceso de selección, es decir, en la audiencia de adjudicación el Ministerio reafirmó la evaluación realizada y los demás oferentes no presentaron objeciones relevantes a la oferta de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020.

En esta misma etapa el Ministerio concedió un puntaje en el cual se calificaba la propuesta de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 como uno de los dos oferentes más idóneos para la adjudicación del proyecto y es así como se le adjudicó una de las regiones conforme a la resolución proferida, se elaboró y firmó el contrato con la Unión Temporal, para finalmente desembolsar los dineros correspondientes al anticipo.

Por ello se prosiguió con el estudio del delito de celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, todo ello desde la parte legal, la doctrina y la jurisprudencia. Es así como el marco legal se configuró desde la disposición constitucional consagrada en el artículo 209 que regla la función pública puesto que este tipo de delito implica directamente el ejercicio de las funciones de un servidor público; quienes están llamados no solo a obligar al Estado en las condiciones más favorables para cumplir sus fines, sino que deben proteger los intereses del Estado y la población en general dado que todas las acciones repercuten en la vida de los ciudadanos.

Dado que la administración pública es un bien jurídico protegido por el ordenamiento el legislador creó unos delitos que condenan el proceder de los servidores públicos que pongan primero los intereses particulares o de terceros y que afecten a la administración pública. Por ello se creó el delito nombrado como “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” con el cual se pena al servidor público que teniendo a su cargo revisar que los oferentes cumplan con los requisitos planteados por la ley y el proceso contractual, omitan revisar a fondo su cumplimiento y con ello se celebre o liquide el contrato.

Conforme al estudio de este delito es prudente afirmar que este es un tipo penal en blanco, que depende de las disposiciones legales y complementarias del proceso contractual para poder determinar qué requisitos debía cumplir el oferente y el servidor público no verificó en su momento. Por lo que se mencionó que las disposiciones legales que complementan este tipo son aquellas que el legislador dispuso como regla general de la contratación estatal como lo es la Ley 80 de 1993, la Constitución política, entre otras; por otro lado, dependiendo de la

modalidad contractual se establecen otros requisitos, en este caso ha de referirse al pliego de condiciones que estableció los documentos necesarios para presentar una oferta.

Así mismo, se realizó el estudio de los elementos estructurales del delito donde el sujeto activo es el servidor público que tiene a su cargo determinadas funciones relacionadas con la actividad contractual; el sujeto pasivo es el estado; el bien jurídico tutelado es la administración pública; la conducta es omitir verificar que la oferta presentada cumple de los requisitos exigidos por la ley y el proceso contractual, y aún con la omisión celebra el contrato a adjudicar.

De parte de la jurisprudencia se encontró que este delito tiene una naturaleza independiente y autónoma respecto de otros delitos de los que puedan llegar a concurrir en concurso. En lo concerniente al servidor público se menciona que son quienes tienen a su cargo la supervisión de la legalidad del proceso contractual. Respecto de la tipicidad se relacionan dos aspectos, primero que el servidor público tenga dentro de su competencia intervenir en el proceso contractual; segundo, que al ser un tipo penal en blanco requiere apoyo de normas complementarias como la Ley 80 de 1993 y las reglas propias de cada proceso.

En cuanto a las normas complementarias del tipo penal objeto de estudio la jurisprudencia considera que los principios de la contratación deben incluirse en el estudio dado que garantizan los bienes jurídicos tutelados por los delitos. Respecto de los requisitos esenciales la jurisprudencia establece que los documentos expedidos en el proceso de contratación deben incluirse dentro de los requisitos esenciales puesto que así se cumple con la transparencia y publicidad del proceso contractual.

En lo referente a la posición de la doctrina frente al delito del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales se encuentra Santofimio Gamboa puesto que es un autor que dedica un libro entero a los delitos en contra de la administración pública, dentro del cual destaca que el principio de legalidad es fundamental para este tipo de delitos ya que a través de aquel se establecen los requisitos esenciales del contrato; en este sentido se mencionan a las leyes que regulen la contratación estatal, los documentos del proceso de contratación como el pliego de condiciones.

Por ello en la licitación pública N° FTIC-LP-038-2020 ha de aplicarse bajo el principio de legalidad los principios generales de la contratación, las leyes que regulan la contratación estatal y los requisitos planteados en los documentos precontractuales como lo es el pliego de condiciones.

Por otro lado, se mencionó el principio de transparencia que la ley dispone que las decisiones y actuaciones de la administración deben darse a conocer puesto que la misma norma establece qué tipo de actuaciones deben publicarse. Lo anterior de conformidad a que los procesos contractuales son públicos y la población tiene la posibilidad de estudiar y controvertir la motivación de las actuaciones. Con ello se permite establecer que en este tipo de delitos se vulneran estos principios puesto que no se cumple la verificación de los requisitos y no hay transparencia en las actuaciones de los servidores públicos.

En cuanto a la adecuación típica del delito al proceso de licitación objeto de estudio debía tomarse como marco de referencia los hallazgos publicados por los medios de comunicación, en los cuales se pudo encontrar que frente al anticipo desembolsado solo se había ejecutado una mínima parte del proyecto, por ello el Ministerio realizó la audiencia por el presunto incumplimiento de la Unión Temporal en la que se citó al banco que otorgó la garantía bancaria con el fin de que se haga efectivo el cumplimiento del contrato.

En este punto se pudo corroborar que el banco nunca expidió la garantía y se estaba frente a una documentación falsa; por ello se declaró la caducidad del contrato. Además, se conoció que el contratista presentó tres garantías falsas con las que se buscaba respaldar el buen manejo, correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales.

Con esto se entiende probado que los servidores públicos que tenían a su cargo la revisión de las garantías omitieron el cumplimiento de sus funciones. Por ello se consideró prudente adecuar el tipo penal consagrado en el artículo 410 del Código Penal al caso en particular.

Esto se inició con la disposición que establecía que la oferta debía contener una garantía de seriedad de la oferta y esto fue el pliego de condiciones que como se mencionó anteriormente fue uno de los documentos iniciales en el proceso de licitación. Consecuentemente, se faltó a uno de los requisitos esenciales planteados por el pliego de condiciones.

Así mismo, se pudo establecer que a pesar de que la oferta de la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 contiene la oferta bancaria con la que se garantizaba la seriedad de la oferta, las funcionarias encargadas de verificar si aquella era legal o no omitieron sus funciones de verificar la procedencia. Se encuentra que en la evaluación jurídica que contiene el aval en este ámbito establece que el oferente presenta la garantía solicitada sin que se advierta que esta no es legal.

Por ello se verificó que las funcionarias que dieron el aval en la evaluación jurídica tuviesen dentro de sus funciones específicas velar por el cumplimiento de estos requisitos por parte del oferente, en este caso se pudo establecer que una de las abogadas de la Subdirección de Gestión Contractual tenía dentro de sus funciones específicas: Controlar y monitorear las actividades necesarias para el desarrollo del proceso de contratación institucional, en las etapas precontractual, contractual y pos contractual verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos de conformidad con las normas que rigen la materia; Adelantar la evaluación y calificación de propuestas en su componente jurídico, de acuerdo con el procedimiento establecido. Es así como además de ostentar un cargo que la vinculaba con la evaluación jurídica, dentro de sus funciones se estableció que debía evaluar y verificar la legalidad de la garantía bancaria presentada.

De otra parte la Subdirectora de Gestión Contractual tenía dentro de sus funciones específicas: Aprobar las garantías o pólizas de cumplimiento exigidas en los contratos celebrados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, velando por que reúnan las condiciones de amparo, vigencia y valor estipulados en los contratos, exceptuando las correspondientes a los contratos de concesión para la prestación de los servicios de comunicaciones. Como se mencionó anteriormente, además de ostentar un cargo que la vinculaba con la evaluación jurídica, dentro de sus funciones se estableció que debía evaluar y verificar la legalidad de la garantía bancaria presentada.

En cuanto a la conducta desplegada por las servidoras públicas se establece que la ley ordena que en todo momento se debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales si esta dentro de sus funciones verificar el cumplimiento; esto como se relacionó anteriormente se verificó que estaba dentro de sus funciones velar por el cumplimiento de los requisitos del proceso contractual, que en este caso se refiere a que el pliego de condiciones requiere garantías por parte del oferente.

Con esto se establece que las servidoras públicas omitieron sus obligaciones e incumplieron el cumplimiento de las funciones que les ordenaban verificar la legalidad de las garantías presentadas, por ello se mencionó que la conducta era omisiva puesto que ellas estaban en una posición donde debían garantizar el cumplimiento de los requisitos del proceso e impedir que se produzca un resultado que especifica el tipo y este es otorgar un contrato sin que el oferente cumpla los requisitos.

Siendo así, desde la parte académica es prudente concluir que las funcionarias que expedieron la evaluación jurídica de la oferta presentada por la Unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020 cometieron el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales de acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente, toda vez que no cumplieron con sus funciones y omitieron verificar la legalidad de la póliza presentada por el oferente.

Referencias

- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Artículo 410 [Capítulo IV, Título XV] *Código Penal*. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.
- Consejo de Estado. (11 de agosto de 2010) Sentencia con radicado número 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941). [Enrique Gil Botero]
- Corte Suprema de Justicia. (23 de septiembre de 2003) Sentencia del expediente con radicado: 17089. [Edgar Lombana Trujillo]
- Corte Suprema de Justicia. (12 de diciembre de 2005) Sentencia del expediente 23899, radicado: 53263. [Hugo Quintero Bernate]
- Corte Suprema de Justicia. (24 de marzo de 2021) Sentencia del expediente AP1188 2021. [Marina Pulido de Barón]
- Corte Suprema de Justicia. (24 de marzo de 2021) Sentencia AP1188 2021, radicado: 53263. [Hugo Quintero Bernate]
- Corte Suprema de Justicia. (20 de mayo de 2021) Sentencia SEP00053-2021, radicado: 48896. [Blanca Nélide Barreto Ardila]
- Corte Suprema de Justicia. (21 de julio de 2021) Sentencia SP3130-2021, radicado: 58201. [Eugenio Fernández Carlier]
- Corte Suprema de Justicia. (11 de agosto de 2021) Sentencia SP3478-2021, radicado: 53219. [Patricia Salazar Cuéllar]
- Departamento Nacional de Planeación. (26 de mayo de 2015). Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. [Decreto 1082 de 2015]. Recuperado de: <https://dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>
- Escándalo MinTIC: renuncia secretaria general y otra funcionaria tras polémica por contrato de Centros Poblados. (09 de septiembre de 2021). Revista Semana. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/escandalo-mintic-renuncia-secretaria-general-y-otra-funcionaria-tras-polemica-por-contrato-de-centros-poblados/202115/>
- Fueron tres las pólizas falsas que Centros Poblados presentó al MinTIC. (28 de julio de 2021). W Radio. Recuperado de: <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/fueron-tres->

las-polizas-falsas-que-centros-poblados-presento-al-
mintic/20210728/nota/4154426.aspx

González, J. J. S. (2001). *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*. México: Plaza y Valdés.

Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Máñez. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (s.f.). *Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas -MIPYME-*. Recuperado de: <http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/guiapymes/c4i2.html#:~:text=La%20transparencia%20se%20refiere%20a,las%20etapas%20de%20dicho%20proceso.>

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (10 de agosto de 2020). Resolución Número 00079. Recuperada de: http://webapp.mintic.gov.co/607/articles-161411_notificacion.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (19 de enero de 2021). Resolución Número 001422. Recuperada de: https://webapp.mintic.gov.co/607/articles-150003_notificacion.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (enero de 2021). Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales. Recuperado de: https://mintic.gov.co/portal/715/articles-135690_manual_especifico_de_funciones_de_competencias_laborales_20210129.pdf

Seis meses después, uno de los contratistas del MinTic no ha hecho nada. (16 de junio de 2021). *W Radio*. Recuperado de: https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/seis-meses-despues-uno-de-los-contratistas-del-mintic-no-ha-hecho-nada/20210616/nota/4143594.aspx?_gl=1*1sxolsz*_ga*NHBkZ29ZQjNGYmgzZGZ6cEd5d2F4SjVxM085ZHIQRE9ITnd1NzZJWmxTWkRsd1Fpa25TSGV6NXJDMI9rY1h1SA

Silva Sánchez, J. M. *Comisión y Omisión. Criterios de Distinción*. En: *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004, p.16.

Santofimio Gamboa, J. O. (2000). *Delitos de celebración indebida de contratos: análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uribe García, Saúl. (2012). *Delitos contra la administración pública*. Medellín: Ediciones Unaula.