



Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2023
PDFP1 No. 0474

Doctores

Luis Carlos Reyes Hernández

Director General

Cielo Alexandra Vega Navarro

Subdirectora de Compras y Contratos/Dirección de Gestión Corporativa

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

licitacion@dian.gov.co

defensoria@dian.gov.co

llopezs3@dian.gov.co

cvegan@dian.gov.co

lreyesh@dian.gov.co

notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Carrera 8 N° 6C - 38

Edificio San Agustín

Bogotá, Colombia

Asunto: Requerimiento URGENTE de información observaciones y citación mesa de trabajo virtual vigilancia Preventiva del Proceso de Contratación No SAEBSU-00-002-2023 adelantado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

Respetados doctores, reciban un cordial saludo.

La Procuraduría Delegada Preventiva y de Control de Gestión 1, Primera para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en ejercicio de su función preventiva - a través, de la cual busca anticiparse y evitar la ocurrencia de hechos que afecten derechos de las personas, mediante la advertencia de riesgos en la gestión pública¹ y de conformidad con las funciones establecidas en el Decreto 262 de 2000, entre las que se encuentra *“Ejercer, de manera selectiva, control preventivo de la gestión administrativa y de la contratación estatal que adelantan los organismos y entidades públicas”*, en concordancia con lo dispuesto en la Resolución 377 de 2022, ha decidido iniciar vigilancia preventiva en escenario de mitigación de riesgos, sobre el

¹ Resolución 132 de 2014



proceso de contratación No SAEBSU-00-002-2023 cuyo objeto es la *“Venta por peso de chatarra (material ferroso y de cualquier tipo de metal) que resulte del proceso de chatarrización de las mercancías que para tal efecto le sean entregadas por la DIAN, garantizando su fundición o desnaturalización, según sea su naturaleza”*

Lo anterior, obedece a los riesgos evidenciados por el Ministerio Público con ocasión de la expedición de la Resolución No 007511 del 8 de septiembre de 2023 *“por medio de la cual se ordena el Saneamiento del Proceso de Contratación No SAEBSU-00-002-2023”* tal como se pasará a explicar:

I. Riesgos por orden de saneamiento del Proceso de Contratación No SAEBSU-00-002-2023.

El pliego de condiciones definitivo, es el documento que contienen de forma clara y completa las reglas aplicables al proceso de selección, con el detalle de etapas, plazos y actuaciones; las exigencias para participar; los requisitos de capacidad requeridos para obtener habilitación, entre otros aspectos.

En relación con los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado se ha expresado en los siguientes términos:

“El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último”².

De igual forma ha sostenido:

“El pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicado interno 25642



*normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse”.*³

Así las cosas, resulta necesario manifestar que el cumplimiento de los Pliegos de Condiciones es de carácter imperativo, es decir, una vez publicados recae en cabeza tanto de la entidad como de los proponentes la obligación de cumplir a cabalidad con lo determinado en los mismos, comoquiera que su contenido es la guía principal del proceso de selección que adelanta la entidad.

Por lo anterior, no es posible modificar las condiciones o reglas de los pliegos sin surtir el procedimiento establecido para ello, toda vez que esto constituye una conducta que afectaría los derechos de los proponentes, así como los principios orientadores en materia de contratación estatal.

Lo anterior cobra una vital importancia en la medida en que en los pliegos de condiciones se consignan las reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcance del contrato, de este modo las reglas y condiciones en él contenidas se convierten en imperativas tanto para la Administración como para los oferentes y consecuentemente para el futuro o futuros contratistas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado expresó:

*“en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección”*⁴.

Con base en lo anterior y a la luz de los principios orientadores de la contratación estatal, es preciso afirmar que, si bien las entidades públicas tienen la potestad legal del saneamiento de vicios prevista en el artículo 49 de la Ley 80 de 1993, esta facultad solo puede ser empleada cuando el saneamiento recae sobre defectos o

³ Sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 2004 (Exp. 10.779).
Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez)

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicado interno 25642



vicios menores no constitutivos de causales de nulidad del contrato, esto es ni relativa ni absoluta.

Adicionalmente, lo anterior no puede implicar una afectación al principio de libre concurrencia, entendido este como un desarrollo del principio de transparencia y selección objetiva integrado al artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

De manera que, si el yerro implica una limitación a la garantía que tendrían otros interesados en presentar su oferta, por ejemplo, excluyéndolos de participar, el documento de convocatoria podría estar incurso en un supuesto de ilegalidad. Lo anterior, claro está, entendiendo que el principio de libre concurrencia tiene carácter relativo, no absoluto o irrestricto, cuya garantía está sujeta a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad en atención a la capacidad legal, técnica, administrativa y financiera requerida para el objeto a contratar.⁵

En el caso concreto, se evidencia por lo expuesto en la parte considerativa de la Resolución 007511 del 8 de septiembre que el procedimiento de subasta pública fue viciado al dar a conocer durante cada uno de los lances el valor en pesos ofrecidos por los dos proponentes habilitados.

Así las cosas, el procedimiento no se desarrolló de acuerdo con lo preceptuado en el pliego de condiciones que establecía de manera clara que los lances se realizarían a partir del MAYOR porcentaje de incremento ofrecido.

La trasgresión a las reglas claras, objetivas y justas de un proceso de selección deriva inexorablemente ha criterio del Ministerio Público, en una posible vulneración al principio de transparencia y por ende al deber de selección objetiva, pues no fue posible comparar las ofertas de acuerdo con el procedimiento previsto por la entidad.

En ese sentido y sin perjuicio de la facultad del artículo 49 de la Ley 80 de 1993, este Ente de Control advierte que el defecto no es menor o un vicio de mero trámite, pues retrotraer las actuaciones para continuar realizando lances impacta la esencia misma del procedimiento de subasta pública, cuyo fin primordial era el de no revelar los valores, con el propósito de que la DIAN recibiera un mejor valor por compra de kilo de material ferroso.

Ante la imposibilidad de la DIAN, de retrotraer el proceso de contratación hasta la recepción de propuestas, con el objetivo de desarrollar el procedimiento de subasta

⁵ Ver Concepto CCE- 896 de 2022.



con nuevos valores y porcentajes, resulta un riesgo ha criterio de la Procuraduría, sanear un vicio retomando un procedimiento a partir del quinto lance, cercenando así la libertad que tenían los oferentes de ofertar valores competitivos.

En consecuencia, para este Despacho, retrotraer a la etapa de subasta pública, y no proceder a dar aplicación a los criterios de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme con los medios de acreditación del artículo 2.2.1.2.4.2 17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, de conformidad al numeral 7.4 del Anexo No. 5 Pliego de Condiciones Definitivo y la comunicación publicada el día 01 de septiembre de 2023 No. 100190441 – 1569, puede pretermitir la exigencia del numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que establece que los términos de los procesos de selección son perentorios y preclusivos. En consecuencia, la resolución podría tener vicios de nulidad en cuanto a un vicio irregular en su formación y falta de competencia temporal.

Por su parte, en relación con este aspecto *“no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.(...)”*⁶

II. Requerimiento de información.

Por lo expuesto, y en ejercicio de sus funciones, en especial las consagradas en la Constitución Política, el Decreto Ley 262 de 2000, y la Resolución 480 de 2020, y en el marco de dicha vigilancia, este organismo de control solicita:

6 CONSEJO DE ESTADO dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571)



1. Enviar un informe con los análisis en torno a la posible violación a los principios de selección objetiva, transparencia y economía, al permitir el resurgimiento de etapas agotadas en el proceso de selección, cuando las mismas son preclusivas y perentorias.
2. Informar el estado actual del proceso de selección y la publicación del informe definitivo de evaluación de los proponentes, las actas de las sesiones de audiencia pública de subasta y las ofertas económicas iniciales de los habilitados, en garantía del debido proceso administrativo.
3. Manual de contratación vigente a la fecha de publicación del proceso de selección de la referencia.

Una vez se realice el estudio de la documentación e información solicitada, así como la publicada en la plataforma SECOP II, y en observancia de las observaciones al desarrollo del proceso que señalan diferentes irregularidades, este Despacho *exhorta a la Entidad a suspender los tramites de contratación, hasta tanto no se haya efectuado un análisis riguroso de la información solicitada por este ente de control*, de conformidad con lo estipulado en la Resolución 480 de 2020⁷.

III. Mesa de trabajo.

Atendiendo a los riesgos detectados en la gestión pública contractual, la prevención del daño antijurídico y a las solicitudes antes formuladas, y sin perjuicio de la respuesta a ellas dentro de los términos establecidos por este Despacho, consideramos necesario celebrar una mesa de trabajo de manera virtual urgente mediante el siguiente link https://teams.microsoft.com/l/meetup-join/19%3ameeting_Mzc2ZTM1MDUtYzMOOS00NTI3LThlODItMzMzMyYjkxYTQxZmZi%40thread.v2/0?context=%7b%22id%22%3a%22fcb47a6d-46c6-4bf3-b119-d927900ffc19%22%2c%22Oid%22%3a%22c61fedc7-c06c-43b6-8937-414515533523%22%7d el día lunes 18 de septiembre a las 2:30 p.m. acudiendo con la documentación relacionada con los trámites, medidas y estrategias referentes a las posibles irregularidades dentro del proceso de selección referido, con la asistencia de los servidores públicos competentes de estructurar y evaluar el proceso citado, así como los encargados de realizar el apoyo jurídico respectivo y la ordenación del gasto.

La presente comunicación se efectúa en virtud de la Función Preventiva Integral de la Procuraduría General de la Nación, mecanismo previsto para anticiparse a la ocurrencia de hechos que puedan vulnerar los derechos de las personas o

⁷ Por medio de la cual se expide la política y las directrices para el ejercicio de la función preventiva de la PGN en la contratación pública de las Entidades y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado.



amenazar el adecuado ejercicio de la función pública contribuyendo al mejoramiento de la gestión y la política pública.

Frente a la misionalidad preventiva de la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional, en sentencia C-977 de 2002, afirmó que: *“(...) se dirijan a vigilar la conducta de los funcionarios públicos y el cumplimiento del ordenamiento jurídico, a velar por un ejercicio eficiente y diligente de sus funciones administrativas, a intervenir ante ellos en caso de necesidad de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Es decir, se quiso dar a la Procuraduría el carácter pleno de órgano de control y de vigilancia con herramientas suficientes para actuar de manera oportuna y eficaz, todo ello sin invadir la órbita de competencia de otros órganos”*⁸.

En tal sentido, en ejercicio de la función preventiva no se expiden conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos producidos o actuaciones desplegadas por los sujetos de control y en ese sentido, no coadministra resultados, ni cogestionan con la administración para conducir sus decisiones⁹, pues de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política de Colombia, las entidades ejercen sus funciones de manera autónoma, acatando las reglas y procedimientos legales que rigen su gestión, sin que intervenga para ello cualquier otra instancia.

De igual forma, es importante recordar la prohibición establecida en el numeral 8 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019, de omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las solicitudes de las autoridades.

Finalmente, agradecemos el envío de su respuesta al buzón quejas@procuraduria.gov.co y copia de esta a los correos electrónicos funcionpublica@procuraduria.gov.co y dcastilla@procuraduria.gov.co de manera inmediata de acuerdo al cronograma del proceso de selección, así como la confirmación de la asistencia a la mesa de trabajo; Sobre el contenido de la respuesta del presente oficio, se requiere que la información que se suministre sea de fondo y concreta, anexando los soportes que se consideren pertinentes.

Se le recuerda que deberá publicarse el contenido de este oficio y su respuesta en el link del proceso de selección en la plataforma SECOP II.

Lo anterior, de conformidad con la función preventiva y de control de gestión que le compete a esta Procuraduría Delegada, en virtud del numeral 5o del artículo 277 de

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-977/2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

⁹ Resolución 480 del 16 de diciembre de 2020



la Constitución Política y del artículo 24 del Decreto 262 de 2000, en armonía con la Resolución 377 de 2022 expedida por la Procuradora General de la Nación.

Atentamente,

Gabriel Del Toro Benavides

Procurador Delegado

Procuraduría Delegada Primera para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Elaboró: Daniel Castilla