Detalles de mensaje

Referencia interna: LP-002-2025 (Presentación de oferta)
Descripción del proceso LP-002-2025
De: FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA
Usuario: FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA
Fecha: 1 día de tiempo transcurrido *(20/02/2025 10:15:07 AM(UTC-05:00) Bogotá, Lima, Quito)*
Referencia del mensaje CO1.MSG.7556559
Tipo de mensaje: Observaciones
Asunto: Solicitud de vigilancia administrativa. Observaciones al pliego definitivo y advertencia de posibles conductas disciplinarias y penales

Anexos

Documento	Nombre del documento	
OBSERVACIONES PCD - SOLICITUD DE VIGILANCIA.pdf	OBSERVACIONES PCD - SOLICITUD DE VIGILANCIA.pdf	Detalle

Texto de mensaje

Santa Marta, 19 de febrero de 2025

Doctora:
JENNY CAMACHO NEUTO
JEFE OFICINA DE CONTRATACIÓN
Departamento de Magdalena

Con copia:

Doctora:
WENDY YURANIS TORRES BERDUGO
PROCURADURIA REGIONAL DE INSTRUCCION MAGDALENA
coordinacion.magdalena@procuraduria.gov.co
regional.magdalena@procuraduria.gov.co

Doctor:
ROSA ELVIRA GOMEZ LUGO
PROCURADURIA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA

Doctora:
MARÍA CONSUELO CRUZ MESA
PROCURADURIA DELEGADA PRIMERA PARA LA CONTRATACION ESTATAL

Referencia: Licitación Pública LP-002-2025

Objeto: SUMINISTRO DIARIO DE COMPLEMENTOS ALIMENTARIOS PARA ESTUDIANTES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES REGISTRADOS EN EL SISTEMA INTEGRADO DE MATRICULA "SIMAT" CONFORME A LOS LINEAMIENTOS TÉCNICO ADMINISTRATIVOS DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR 2025 / ZONA 1: TRECE (13) MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DE LA SUBREGIÓN SUR Y SUBREGIÓN CENTRO DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA / ZONA 2: QUINCE (15) MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DE LA SUBREGIÓN NORTE Y SUBREGIÓN RIO DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

Asunto: Solicitud de vigilancia administrativa.
Observaciones al pliego definitivo y advertencia de posibles conductas disciplinarias y penales

FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA identificado con cédula de ciudadanía No. 12.752.809 de Pasto en ejercicio del derecho de vigilancia y control ciudadano (artículo 66 de la Ley 80 de 1993), señalo que de la revisión de los documentos publicados en el proceso de la referencia, se evidencia la imposición de requisitos configurativos de un presunto direccionamiento del contrato.

Podría eventualmente endilgarse responsabilidad penal, disciplinaria y civil a los funcionarios públicos que participaron en el diseño técnico y jurídico del proceso y a los asesores indistintamente del tipo de vinculación, sea contractual, o legal y reglamentaria.

En todo caso es de advertirse que el ordenador del gasto responde, más allá de la delegación de funciones de su cargo o la asignación que de las mismas haya hecho indistintamente del instrumento administrativo utilizado.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La importancia del Programa de Alimentación Escolar (PAE) radica en su naturaleza esencialmente social, al ser una herramienta fundamental para garantizar el acceso, permanencia y bienestar de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema educativo oficial, mediante la entrega de un complemento alimentario a los estudiantes. El objetivo principal es contribuir a la permanencia de la población estudiantil en las aulas, promoviendo su desarrollo físico y cognitivo, y reduciendo las barreras asociadas a la desnutrición y la inseguridad alimentaria.

No obstante, a pesar de la finalidad social y educativa que caracteriza al PAE, en el Departamento del Magdalena, este programa ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, investigaciones y señalamientos relacionados con presuntas irregularidades en la adjudicación de los contratos. Las principales preocupaciones giran en torno a un presunto interés indebido, para favorecer un grupo empresarial específico, lo cual compromete la legalidad del proceso de contratación pública.

Las veedurías e interesados en el proceso demostraron el direccionamiento, pese a esto, la entidad avanzó en la publicación de los pliegos definitivos sin tomar medidas correctivas.

Esta omisión no solo vulnera los principios de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993, sino que también compromete la confianza pública en la administración de los recursos destinados a un programa de alta sensibilidad social.

Como se precisará en seguida, dichos requisitos no se encuentran debidamente justificados, resultan desproporcionados y son contrarios a la normatividad aplicable, afectando los principios de transparencia, libre concurrencia y selección objetiva que rigen la contratación pública.

I. OBSERVACIÓN FRENTE AL REQUISITO HABILITANTE DE CAPACIDAD FINANCIERA.

1. De la imposición de requisitos financieros restrictivos

El pliego de condiciones definitivo estableció:

ÍNDICE	PARAMETROS MINIMOS EXIGIDOS	CRITERIO DIFERENCIAL PARA MIPYMES Y EMPRENDIMIENTOS O EMPRESAS DE MUJERES (1)
Índice de liquidez	Igual o mayor a 9.68	Igual o mayor a 7.68
Nivel de endeudamiento	Igual o menor a 0,40	Igual o menor a 0,55
Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a 40.5 o indeterminado	Mayor o igual a 35.5 o indeterminado
Capital de trabajo	45% del P. O.	40% del P. O

2. Del indebido estudio del sector

De la lectura del requisito en cita, se debe recordar que, de conformidad con los principios de planeación, transparencia y selección objetiva que rigen la contratación estatal, los requisitos habilitantes, incluidos los de capacidad financiera, deben estar debidamente justificados en los estudios previos, con base en un análisis riguroso del mercado que garantice la libre concurrencia y evite restricciones injustificadas.

Para cumplir con el anterior objetivo, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha determinado en la GUÍA DE ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE SECTOR, una serie de recomendaciones y buenas prácticas que las entidades estatales deberían aplicar para entender *"el mercado del bien, obra o servicio que pretenden adquirir y así diseñar un proceso de contratación con información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo"*

Es preciso advertir que, el presente proceso de selección adolece de la realización de un adecuado y pertinente estudio del sector, pues, desde el proyecto de pliego de condiciones se evidencia que, el Departamento del Magdalena, no tiene claro cuáles son los indicadores financieros que deben regir el proceso, tanto así que, se relacionaron valores disimiles entre los supuestamente obtenidos en el análisis del sector y los relacionados en el estudio previo y en el proyecto de pliego, lo cual refleja que los indicadores financieros finalmente fueron establecidos de forma subjetiva y a criterio personalísimo del encargado (a) de la redacción del requisito, con la anuencia de la ordenadora del gasto y quien le delegó sus funciones.

Sumado a lo anterior, se debe mencionar que, por la presión y participación de interesados y veedurías la entidad modificó los indicadores financieros con la publicación del pliego de condiciones definitivo. Sin embargo, las modificaciones no son suficientes para garantizar verdadera pluralidad de oferentes y por el contrario, reafirma la presunta intención del Departamento de limitar y dirigir el proceso de selección a un solo posible oferente por lote o zona. Lo índices de liquidez y razón de cobertura de intereses, son indicadores que se encuentran por fuera de los promedios históricos de las entidades que en el sector compran,

así como también no guardan coherencia con los históricos exigidos por el Departamento del Magdalena en procesos de PAE. Perfectamente pueden ser clasificados como un obstáculo para la mayoría de oferentes que pretenden presentar oferta en el presente proceso.

No se puede dejar de lado que, a pesar de la reducción en el valor de los mencionados requisitos, los mismos siguen sin estar debidamente justificados en el presente proceso de selección, pues si bien en el estudio del sector se indica que se estudió a los posibles o potenciales proveedores para identificar las dinámicas del mercado y determinar qué empresas podrían participar en el proceso de la referencia, dicho estudio no está completo y carece de toda fiabilidad e incluso método de análisis de datos.

En el mencionado documento no se observa el análisis que la entidad asegura haber realizado pues, simplemente se enuncian los *Operadores PAE activos en Colombia, para el año 2023* como se observa en la tabla 13 de la página 28 del estudio del sector, sin más datos que los nombres de dichos operadores, tal como se puede notar:

Tabla 13. Relación de algunos Operadores PAE en Colombia.

No.	ETC	OPERADOR PAE
1	CALI	CONSORCIOS UNIÓN TEMPORAL PROYECTANDO FUTURO 2023
2		CONSORCIO VALLE SOLIDARIO 2023
3		UNIÓN TEMPORAL NUTRIENDO CALI 2023
5	NORTE DE SANTANDER	ASOCIACIÓN DE AUTORIDADES TRADICIONALES DEL PUEBLO BARI
6	NORTE DE SANTANDER	ASOCIACIÓN DE AUTORIDADES TRADICIONALES Y CABILDOS U'WA
7	PUTUMAYO	MULTIMODAL EXPRESS S.A.S.
8	VILLAVICENCIO	UNION TEMPORAL PAE VILLAO GC 2023
9	VILLAVICENCIO	UT PAE VILLAO GC 2023A
10	FLANDES - TOLIMA	CORPORACION PARA LA GESTION DEL DESARROLLO HUMANO FILANTROPOS
11	DISTRITO DE TURBO	UT TURBOPAE23

Se reitera, dicha relación de operadores PAE, no contiene la información requerida de un correcto estudio del sector, que no es otra que informar cuál es la información que sustenta los requerimientos del pliego de condiciones, para este caso, los indicadores financieros de índice de liquidez y razón de cobertura de intereses, pues, es insuficiente e inaceptable que una entidad estatal con categoría departamental pretenda hacer valer como estudio del mercado una relación simple de empresas sin ni siquiera distinguir a ciencia cierta cuáles son los indicadores que cada empresa ostenta con corte a 31 de diciembre de 2023.

La enunciación que hace la entidad no refleja o justifica la imposición de los requisitos financieros, pues tampoco se relaciona si los posible operadores fueron contratados por procesos de selección de licitación pública.

Debido a la deficiencia de la información entregada por el Departamento del Magdalena, se procedió a identificar de manera clara cuáles son los indicadores de liquidez y razón de cobertura de intereses que con corte a 31 de diciembre de 2023 presentan algunos de los posibles oferentes relacionados en el análisis del sector publicado con pliego definitivo por la entidad, encontrando sin mayor asombro que, de una muestra de 36 empresas, solo 8 cumplen con alguno de los indicadores de razón de cobertura de intereses o liquidez (de este segmento, uno tiene la matrícula cancelada y otro se encuentra repetido, situación que NO FUE advertida por la entidad), como se observa:

NOMBRE DE LA EMPRESA	**NIT**	**INDICE DE LIQUIDEZ**	**RAZON DE COBERTURA**	**AÑO INFORMACIÓN FINANCIERA**
MULTIMODAL EXPRESS SAS (APARECE DOS VECES EN EL REGISTRO QUE HACE LA ENTIDAD)	900202730	7,84	206,25	31/12/2023
CORPORACION PARA LA GESTION DEL DESARROLLO HUMANO FILANTROPOS	809012325	13,63	77,47	31/12/2023
LÁCTEOS APPENZELL SAS	832009861	5,87	41,16	31/12/2022
FUNDACIÓN SEMILLAS DE PROSPERIDAD	802020420	21,05	23,14	31/12/2022
FUNDACIÓN BARRANQUILLA SOLIDARIA FUNBASOL	802013652	12,45	10,05	31/12/2022
SERVICIOS DE ALIMENTACION NP SA	800079603	1,44	1,8	31/12/2023
FUNDACION SOCIAL ALTAGRACIA	823002765	3235,39	12,40	31/12/2023
FUNDACION ACSOCOL	900569044	11,77	23,44	31/12/2023

CORPLANES-CORPORACION PARA EL DESARROLLO	900437183	8,61	50,36	31/12/2023
CORPORACIÓN COLOMBIA AVANZA	900325081	1,73	0,05	31/12/2023
CORPORACION ENLACE DINAMICO	900565769	7,49	151,12	31/12/2022
FUNDACIÓN ALIMENTARTE	900407237 - SE ENCUENTRA CANCELADA	13,95	35,73	31/12/2023
FUNDACIÓN PROTEGER	900242855	98,20	24,64	31/12/2023
GUILLERMO LEON VELEZ GOMEZ	71629613	92,9	INDETERMINADO	31/12/2023
GARCIA TORRES JULIAN ANDRES	8163045	5,14	212,99	31/12/2023
JULIAN ANDRES SERVICIOS Y COMERCIALIZACION	8163045	5,14	212,99	31/12/2023
COMERCIALIZADORA PALACIO G SAS	900199056	4,15	4,39	31/12/2023
FUNDACIÓN FOMENTO SOCIAL	805010587 - 4	4,07	5,31	31/12/2023
FUNDACION NUTRICION SALUD Y VIDA	900647558	7,3	44,72	31/12/2023
FUNDACIÓN COLOMBIA CIVICA	801004709 - 7	8,44	9,90	31/12/2023
ASOCIACION SWEET FOOD	8305023405	80,51	109,23	31/12/2023
PROALIMENTOS LIBER S.A.S. EN REORGANIZACIÓN	8300422126	5,8	8	31/12/2023
FUNDACION SOMOS MANOS UNIDAS	900402667	26,42	120,38	31/12/2023

FUNDACION ACCION POR COLOMBIA (APARECE DOS VECES EN EL REGISTRO QUE HACE LA ENTIDAD)	900034686	32,37	11,63	31/12/2023
CODESBIF	900151981 - 2	4,28	8,82	31/12/2023
INVERSIONES NUTRIR SAS	901034517 - 0	3	10,04	31/12/2023
FUNDACIÓN SOCIAL CONSTRUYENDO VIDAS	900305127-1	18,68	9,11	31/12/2023
FUNDACIÓN ACCION POR COLOMBIA	900034686-3	32,37	11,63	31/12/2023
FUNDACION CONSTRUYENDO VIDAS PARA EL FUTURO	900642207-7	1,32	1,18	31/12/2023
FUNDACIÓN GRANITO DE MOSTAZA	826003699-8	5,47	INDETERMINADO	31/12/2023
LÁCTEOS APPENZELL SAS	832009861-4	8,69	38,04	31/12/2023
FUNDACIÓN ECOLÓGICA Y SOCIAL LA ESPERANZA	813008690-8	28,06	20517,50	31/12/2023
FUNDACIÓN NIÑEZ, MUJER Y FAMILIA	901758407-6	1,1	INDETERMINADO	31/12/2024
FUNDACIÓN CONCIVICA	801004709-1	8,44	9,90	31/12/2023
ALIRIO GOMEZ G. SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN SAS	900356683-3	16,94	60,47	31/12/2023

FUNDACIÓN VIVE COLOMBIA	8301333236	1,28	22,53	31/12/2023

Conforme a lo anterior, es posible notar, cómo la imposición de los requisitos desproporcionados o desbordados caen por su propio peso, pues, como ha quedado en evidencia, el número de posibles interesados que pueden sobrepasar las barreras financieras establecidas resulta claramente ínfimo y escaso, más si se tiene en cuenta que en la relación de la tabla citada, la mayoría (SALVO UNO O DOS) de los posibles interesados con proyección a cumplir indicadores financieros, no han presentado propuesta en los últimos 5 años en el Departamento del Magdalena para ser adjudicatario del PAE.

Con esto podemos concluir que a la luz del propio estudio del sector de la entidad, y soportado en él como prueba, que la entidad direcciona el proceso a un segmento específico de las empresas sin justificación legal alguna, conculcando el principio de libertad de concurrencia.

3. Del indebido análisis de los datos del estudio del sector

Ahora bien, señala la entidad que, la imposición de los indicadores financieros, establecidos en el pliego de condiciones definitivo, se obtienen de:

PRIMERO: El resultado aritmético del cálculo de los indicadores financieros después de haber filtrado 307 empresas con los códigos CIIU 4631, 4721, 5611, 5621 y 5629, de las 9000 que han publicado la información financiera a la Superintendencia de Colombia, teniendo como indicadores, los siguientes:

Tabla 8. Resultados cálculos del mercado

	LIQUIDEZ		ENDEUDAMIENTO		RAZÓN COBERTURA INTERESES		ROE		ROE
Promedio	2,5346		0,6161		15,5802		0,0985		0,0538
Media podada	1,9045		0,5973		6,9867		0,2321		0,0878
Mediana	1,4490		0,6235		3,2615		0,1734		0,0577

SEGUNDO: Identificación de la forma en que se ha realizado la publicación de los procesos similares, tomando como referencia datos de supuestas licitaciones de magnitud equivalente, obteniendo como posibles indicadores los siguientes:

- Índice de Liquidez: Entre 5.00 y 12.36.
- Endeudamiento: Entre 0.20 y 1.00.
- Razón de Cobertura de Interés: Entre 4.00 y 50.00.
- Capital de Trabajo: Entre 5% y 80%.
- Rentabilidad del Patrimonio y del Activo: Entre 20% y 100%.

Y TERCERO: Se establecieron los indicadores financieros con la información del análisis del sector realizada en el primer paso y con la información de los procesos de contratación similares realizada en el paso dos:

Tabla 10. Indicadores financieros y organizacionales a exigir

LIQUIDEZ	ENDEUDAMIENTO	RAZÓN COBERTURA INTERESES	CAPITAL DE TRABAJO	ROA	ROE
Mayor o igual a	Menor o igual a	Mayor o igual a	Mayor o igual a	POSITIVO	POSITIVO
9.68	0.60	40.50	45%	0,08	0,08

Se debe resaltar de lo anterior, que existen **SENDAS FALENCIAS** en el análisis de la información como son:

1. Del análisis del sector realizado con la información que las empresas han reportado a la Superintendencia de Sociedades, el Departamento del Magdalena omite relacionar el nombre y nit de cada una de las empresas que sirvió como muestra para la consolidación de la información. También se omite relacionar el año que se tomó como base para calcular los indicadores financieros y finalmente se omite relacionar cuáles son los indicadores de cada empresa.

   Así las cosas, no es posible confiar en que los datos obtenidos del análisis del sector se encuentren acordes a la realidad del mercado, pues, perfectamente la entidad pudo manipular la información para tener los resultados que más convienen a sus intereses.

2. Determina la entidad que, los indicadores financieros se pueden establecer de forma subjetiva tomando como referencia el margen que cada indicador tiene de la relación de la información de otras entidades, sin embargo, este método no se encuentra desarrollado en la GUÍA DE ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DE SECTOR, y puede ser considerada una maniobra peligrosa para la determinación de los indicadores financieros, más si se tiene en cuenta que los rangos señalados por la entidad no se encuentran conformes a la información suministrada por la misma entidad, pues, se señala:

   a. Que el indicador de liquidez va desde 5.00 a 12,36, no obstante, el valor menor establecido por otras entidades es **UNO (1)**

b. Que el indicador de razón de cobertura de intereses va desde 4.00 a 50.00, no obstante, el valor establecido por otras entidades es **CERO PUNTO CINCUENTA Y TRES (0.53)**

Esto podría eventualmente, comportar un hecho objetivo de la presunta comisión de falsedad ideológica en documento público.

De lo anterior, queda claro que, al final el Departamento del Magdalena impuso los requisitos financieros únicamente tomando como referencia la información del margen que cada indicador tenía de acuerdo al estudio realizado con otras entidades, sin embargo, no se determina si para ello se utilizó un método que permita depurar los datos atípicos y así calcular de forma objetiva estadísticas descriptivas ajustadas, que tengan un soporte real para la obtención de sus resultados y que no sean, como en el presente caso, el resultado de la aplicación subjetiva o simplemente del parecer humano.

Por otra parte, tampoco se evidencia en el documento de estudio y análisis del sector un verdadero análisis sobre las condiciones de las MIPYMES, emprendimientos y empresas de mujeres, que pueden participar en el presente proceso de contratación, pues, se ha omitido por completos seguir con las recomendaciones establecidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, quien señala que, para determinar a posibles proveedores con la calidad de Mipyme, emprendimiento o empresas de mujeres es necesario recopilar la mayor cantidad de información sea de bases de datos, cotizaciones o cualquier fuente externa que permita identificar las condiciones reales de estos posibles proveedores.

Sin embargo, al revisar los documentos del proceso se puede notar que el Departamento del Magdalena no realizó ningún estudio de las condiciones de las Mipymes, emprendimientos y empresas de mujeres, por lo tanto, es posible afirmar que los indicadores financieros y los requisitos de participación de los mismos **NO CORRESPONDEN A LA REALIDAD**, más si se tiene en cuenta que de forma arbitraria se determinó por parte de la entidad una participación mínima para este tipo de proveedores en caso de participar en unión temporal o consorcio:

> **6.3.3.3. REGLAS APLICABLES.**
>
> Tratándose de Proponentes Plurales el criterio diferencial solo se aplicarán si el integrante con porcentaje de participación mínima del 30%, acredita la calidad de Mipyme o emprendimiento y empresas de mujeres.

Como se puede notar, además de solicitar indicadores financieros desbordados, se pretende excluir de la participación a las Mipymes, emprendimientos y empresas de mujeres, estableciendo que los mismos deben tener una participación mínima del 30% en los oferentes plurales, si se pretende acreditar la mencionada calidad. No existe regla más alejada de la realidad en su concepción que la aquí observada, pues, se debe recordar que las micro, pequeñas y medianas empresas se caracterizan por tener unas economías nacientes y precisamente la intención del Gobierno colombiano al establecer criterios diferenciadores para este tipo de proveedores es que puedan acceder en condiciones de

igualdad a los procesos de contratación, situación que en el proceso de la referencia se restringe sobre medida, pues, la obligación legal es que la participación de este Mipymes y emprendimientos y empresas de mujeres sea del 10%.

A la luz de la Ley y lo establecido en sendos pronunciamientos por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al imponerse condiciones restrictivas que no se encuentran autorizadas en la ley, podemos estar frente a reglas del pliego que por contravención directa del ordenamiento jurídico, pueden ser nulas.

Conviene recordar que, todo lo observado proviene del artículo 2.2.1.1.1.6.11 del Decreto 1082 de 2015 el cual establece que las entidades deben incluir un estudio de mercado que permita conocer la oferta disponible, identificando las condiciones del sector y los posibles proveedores, con el fin de estructurar condiciones de participación proporcionales y acordes con la realidad económica del mercado. Asimismo, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la exigencia de requisitos habilitantes debe tener un sustento técnico y objetivo que permita asegurar la selección del contratista idóneo sin restringir la competencia de manera injustificada.

Frente a la importancia y materialización del principio de planeación el Consejo de Estado[2] ha precisado lo siguiente:

> *"(…) es uno de los pilares en la actividad contractual, el cual impone que* ***la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación****, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales.*
>
> *Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer,* ***pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:*** *(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se*

[1] ARTÍCULO 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Expediente 850012331000030901. Sentencia de 29 de agosto de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; ***(vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;*** *(vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar." (subrayado y negrillas por fuera del texto original)*

4. De la responsabilidad de los funcionarios

Al no haberse realizado un análisis de mercado basado en la realidad actual del sector y los posibles oferentes, la Entidad incurre en una deficiencia en la justificación de los requisitos de capacidad financiera, afectando los principios de planeación, selección objetiva y el derecho a la participación en condiciones de igualdad, actuación que se enmarca claramente en una conducta de orden disciplinario como lo ha precisado el Consejo de Estado[3] al referir:

"Igualmente, establece ***responsabilidad*** *de las entidades estatales y* ***de los servidores públicos durante la etapa precontractual por abrir licitaciones*** *o concursos* ***sin haber realizado los estudios técnicos*** *y evaluaciones necesarias o sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones o términos de referencia o, cuando éstos, a pesar de haber sido elaborados, resultan incompletos ambiguos o confusos y dan lugar a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo."*

Se debe resaltar que, la actuación de la entidad en cabeza de la ordenadora del gasto delegada y de todo el equipo estructurador del proceso de selección, va en contravía de la posición que de antaño se ha asumido, pues, a pesar de que la dirección del proceso se encuentra en cabeza de la Doctora JENNY CAMACHO NEUTO, quien se ha desempeñado en el cargo varios años, es la primera vez que se decide imponer requisitos financieros restrictivos, incluso, se puede mencionar que en el pasado cuando la adjudicación no se hacia por lotes y el valor de los procesos de selección eran más altos, los requisitos financieros eran más accesibles y ello permitió la participación de múltiples oferentes.

[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Expediente 850012331000030901. Sentencia de 29 de agosto de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

PROCESO DE SELECCIÓN	LIQUIDEZ > O =	RAZON DE COBERTURA DE INTERESES > O =	NÚMERO DE OFERENTES
LICITACIÓN PÚBLICA No. LP-DM-001-2020	2	3	2
LICITACIÓN PÚBLICA LP-004-2021	2	3	3
Selección Abreviada No. SA-005-2022.	3,36	19,24	1
Licitación Pública No. LP-016-2022	2	2	5
Licitación Pública No. LP-028-2022	2	2	3
SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTIA N°. SA-004-2023	1.5	2	4
LICITACION PUBLICA N°. LP-005-2024	1.66	4.88	6
SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTIA SIN MANIFESTACION DE INTERES N° SA-007-2024	1,66	4,88	3

Como se puede evidenciar, el Departamento del Magdalena por lo general ha gozado de gran interés en parte de los posibles oferentes, sin embargo, el mismo interés no se mantiene cuando las condiciones financieras son restrictivas, tal como fue el caso del proceso de la Selección Abreviada No. SA-005-2022, en la cual, solo participó un interesado y coincidencialmente el indicador de razón de cobertura de interés se determinó de forma desproporcionada y restrictiva.

En ese orden, resulta altamente grave que, en el presente proceso de selección se permita y se dé vía libre a la imposición de requisitos financieros claramente restrictivos de la participación, pero aun más grave resulta que pretendan pasar los requisitos financieros como si fueran el resultado de un verdadero estudio del sector, cuando ha quedado demostrado que la entidad no aplicó en debida forma ninguno de los métodos recomendados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, pues, si así fuera, los requisitos financieros del presente proceso serían mucho menores a los determinados en el

pliego definitivo, problemático resulta que habiéndose alejado de las recomendaciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública, imponga un método antitécnico, subjetivo y proclive a sesgos; que no se compadece con mínimos estadísticos y que en todo caso pretenden dar apariencia de certeza sobre conclusiones que no se justifican en si mismas por inobservancia del método

Como bien lo han advertido otros observantes, no sobra mencionar que las actuaciones desplegadas por la ordenadora del gasto y su equipo encargado de llevar el presente proceso, además de configurar posibles faltas disciplinarias, también pueden configurar posibles conductas penales, al configurarse un presunto interés en la celebración del contrato y una presunta celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, tal como sucedió con el señor LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, exgobernador del Departamento del César y quien fue condenado por la comisión de los delitos antes citados, así como por el delito de peculado por apropiación.

En el mencionado caso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de forma precisa determinó la importancia que tienen los estudios o análisis previos respecto a la justificación de la necesidad de requerir el cumplimiento de determinadas condiciones para la celebración del contrato y su alcance, pues ante la ausencia de estos, es claro concluir el incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, en conjunto con la violación del principio de planeación como deber, obligación y etapa precontractual de la celebración de un contrato.

No es menos importante señalar que, la responsabilidad de los procesos de contratación no solo recae en los funcionarios directamente implicados, sino que, la misma se extiende al Delegante, en este caso al Gobernador del Magdalena, por lo cual, se debe advertir al señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ, que la delegación realizada no lo exime del deber de vigilancia y control de las actuaciones realizadas por sus funcionarios, por lo cual, hasta la misma Sala de Casación Penal en el caso del exgobernador del César antes mencionado, señaló:

> *"Además, todas estas circunstancias, como ya se dijo, llevan a la Sala a concluir que todo el proceso contractual se adelantó con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que el sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba sin causa legalmente atendible el bien jurídico de la administración pública y por contera se apropiaba en favor de terceros de dineros oficiales.*
> *(…)*
> *Insiste la Sala, el resultado era comprendido por el exgobernador pues sabía que al apartarse de sus deberes de vigilancia y control de trámite, celebración y liquidación irregular de la contratación que delegó, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundamentalmente que todo fue proyectado para apropiarse de los recursos que habían sido destinados al suministro de alimentación escolar con los cuales seria complementada la alimentación de los niños, niñas y adolescentes en edad escolar, a quienes iba dirigido el programa. (…)"*

Así las cosas, en aras de salvaguardar los principios de planeación y transparencia es deber de la entidad y de sus funcionarios proceder con la publicación de un análisis del sector real que determine la existencia de un número plural de oferentes que puedan acreditar todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, asegurando que los requisitos habilitantes, incluido el indicador de razón de cobertura de intereses e indicador de liquidez, se fundamenten en datos objetivos y verificables. En este sentido, dichos indicadores deben ajustarse al resultado obtenido de este análisis y no a criterios subjetivos de la Entidad, evitando así restricciones injustificadas que limiten la participación de posibles oferentes.

Solo a través de un estudio de mercado riguroso y representativo se podrá garantizar que las exigencias financieras reflejen las condiciones reales del sector y no constituyan barreras artificiales contrarias a los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

II. OBSERVACIÓN SOBRE REQUISITOS TÉCNICOS RESTRICTIVOS DEL PERSONAL MÍNIMO

1. Requisitos técnicos restrictivos

Se observa que el pliego de condiciones definitivo exige, para la acreditación del personal mínimo requerido, la presentación de tres perfiles de orden habilitante, los cuales deben acreditar, como mínimo, las siguientes condiciones:

- **Coordinador General:** Experiencia general mínima de 17 años, con título profesional en nutrición o dietética o ingeniería de alimentos y posgrado en Alta Gerencia y/o Gerencia Social.
- **Coordinador de Zona:** Experiencia general mínima de 16 años, con título profesional en nutrición o dietética o ingeniería de alimentos**,** además de contar con Especialización en Gerencia en empresas de alimentos o Maestría en seguridad alimentación.
- **Coordinador de Calidad:** Experiencia mínima de 7 años, con título Profesional en Ingeniería de Alimentos además de contar con Especialización en Gerencia de la calidad o administración total de la calidad. y formación complementaria específica en normatividad del Programa de Alimentación Escolar emitido por el INVIMA o la UAPA.

Los anteriores requisitos exceden de forma injustificada y desproporcional lo requerido en procesos similares adelantados por la misma entidad, restringiendo la participación de oferentes con experiencia idónea, pero sin estos requisitos claramente restrictivos de la participación.

Las condiciones comportan una ilegal restricción a la participación, al no encontrarse una justificación clara en los estudios previos, lo que limita la libre participación y genera una

barrera para nuevos oferentes. Este tipo de requisitos son contrarios a los principios de libre concurrencia y selección objetiva establecidos la Ley 80 de 1993.

Frente al principio de libre concurrencia la Corte Constitucional en sentencia No. C-713/09 ha precisado lo siguiente:

> *"La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la* ***libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.*** *La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación.* ***Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.*** *Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal." (subrayado y negrillas por fuera del texto original)*

Asimismo, el Consejo de Estado[4] precisó frente al principio de selección objetiva lo siguiente:

> *"El deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia,* ***que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva****, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia,*

[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012) Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad." (subrayado y negrillas por fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior es claro que, el deber de la entidad es garantizar la pluralidad de oferentes y evitar requisitos que generen barreras innecesarias para la participación, pues, como se demostrará a continuación estos requisitos no están plenamente justificados y resultan desproporcionados.

2. Ausencia de justificación en documentos previos

En el proceso de contratación se ha observado que las condiciones mínimas exigidas para el personal no se derivan de forma directa ni lógica de los estudios previos realizados por la entidad, lo que genera inquietudes sobre la pertinencia, razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos establecidos, pues en los documentos denominados:

- EP PAE 2025 - ajustado
- PAE REGULAR ESTUDIO DE MERCADO Y ANALISIS DEL SECTOR

No se avizora un solo argumento técnico que permita determinar la justificación de los precitados requisitos, de tal forma que la entidad no ha determinado de forma clara la necesidad de requerir la acreditación de las condiciones precitadas y su influencia en el proyecto. Esta situación refleja un desconocimiento del principio de planeación, al no garantizar que los requisitos respondan a un análisis técnico adecuado y verificable.

Esta desconexión entre los estudios técnicos y los pliegos de condiciones podría interpretarse como sesgo que favorece a uno o dos, y que perjudica al sector de proveedores. El numeral 3 del artículo 16[5] de la ley 80 de 1993, establece que los pliegos de condiciones deben fundamentarse en estudios técnicos rigurosos, garantizando que las especificaciones sean objetivas y se ajusten a las necesidades de la entidad. Asimismo, el numeral 1[6] del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 enfatiza que las condiciones contractuales deben ser adecuadas y proporcionales a la naturaleza propia del contrato a suscribir,

[5] ARTÍCULO 26.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio: (…) 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

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

evitando por ello la inclusión de requisitos que restrinjan la competencia sin una base técnica sólida.

La jurisprudencia del Consejo de Estado a través de la sentencia No. 58372 del 02 de julio de 2022 refirió:

> *"La confección del pliego de condiciones tiene especial relevancia, en tanto allí la entidad pública analiza, pondera y define, tanto el objeto del contrato que se propone celebrar, en conjunto con sus especificidades, como las condiciones jurídicas, técnicas y económicas que deben cumplir los interesados en participar en el proceso de selección. Por esta razón, se ha dotado a las entidades públicas de una facultad discrecional en la elaboración del pliego, en el entendido de que el ejercicio de esta atribución, para que sea acorde con la ley, "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". **Lo anterior, permite entender que el despliegue de esta autonomía debe ser expresión del principio de planeación, e impone a la administración en la etapa precontractual establecer la medida de su necesidad y, con ella, realizar todos los estudios previos que sustenten, entre otras, las reglas de participación del proceso de selección**" (subrayado y negrilla por fuera del texto original)*

Nótese que la jurisprudencia es clara al determinar que es **OBLIGACIÓN** de la entidad justificar cada uno de los requisitos establecidos en el pliego, pues de no hacerlo los mismos denotan un presunto favorecimiento hacia un oferente en especial, dado que se crean barreras de acceso a los oferentes que cuentan con capacidad para ejecutar el contrato.

En el análisis del sector y estudios previos no se evidencia un sustento que demuestre cómo estos requisitos impactan directamente en la correcta ejecución del contrato. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, los estudios previos deben justificar la necesidad y pertinencia de los requisitos habilitantes exigidos. Solicitamos, en consecuencia, que se detalle de manera clara el análisis que motivó la definición de estos requerimientos.

La falta de claridad en este punto genera incertidumbre sobre la transparencia y equidad del proceso de selección, lo que desincentiva la participación de empresas que, aunque calificadas, no cuentan con las especificidades exigidas de manera no justificada.

3. Estudio de mercado y análisis de perfiles disponibles

Al revisar el análisis del sector realizado, no se evidencia cuántos profesionales con el perfil solicitado están disponibles en el mercado, de acuerdo con la experiencia y formación exigidas. Este análisis es fundamental para determinar si los requisitos fijados se ajustan a las condiciones reales del mercado o si, por el contrario, generan una barrera de acceso para los potenciales proponentes.

La información sobre el estudio de mercado debe incluir los criterios utilizados, las fuentes consultadas y el resultado del análisis que sustente la viabilidad de los requisitos exigidos. De no existir este análisis, solicitamos que se realice y se ponga a disposición de los interesados.

En este sentido, es necesario verificar si el número de profesionales disponibles en el mercado justifica la exigencia de experiencia y formación específica solicitada. De lo contrario, se estaría limitando injustificadamente la concurrencia de posibles oferentes.

Por lo anterior solicito a la entidad dar una respuesta de fondo a los siguientes interrogantes:

- ¿Cuántos profesionales cumplen con los requisitos de experiencia general, posgrado y formación complementaria exigidos?
- ¿Cuántos de los anteriores profesionales cuentan con disponibilidad para ejecutar el contrato?
- ¿Cuál fue la fuente de la información utilizada para determinar la disponibilidad de estos perfiles en el mercado?
- ¿Se verificó si la oferta de profesionales es suficiente para garantizar la pluralidad de oferentes y evitar riesgos de direccionamiento?

4. Inadecuada respuesta a observaciones a proyecto de pliegos de condiciones.

Al revisar el documento de respuesta a las observaciones presentadas frente al proyecto de pliegos de condiciones, se evidencia que la entidad, frente a un cuestionamiento similar relacionado con lo específico de los requisitos exigidos para el personal y la disponibilidad de un número plural de oferentes que puedan vincularlos, respondió de manera somera lo siguiente:

> *"No es competencia de la entidad consolidar dichas estadísticas, sin embargo, existen muchos profesionales que cumplen las características descritas.*
> *(…)*
> *La formación y experiencia requerida son acordes con el objeto a contratar, la entidad reitera la respuesta otorgada al observante anterior."*

Estas respuesta es una verdadera vía de hecho. Lejos de aclarar las inquietudes planteadas, generan mayores dudas sobre la razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos exigidos. En primer lugar, es fundamental precisar que la verificación de la disponibilidad de profesionales con las características solicitadas es una actividad que debe formar parte del análisis del sector y estudios previos, conforme a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, el cual regula el proceso de planeación y estructuración de los procesos contractuales, pues cada proceso de contratación debe incluir requisitos que puedan ser cumplidos de forma objetiva por los interesados y que no den lugar a presumir presuntas conductas de direccionamiento.

Como bien se precisó en el numeral anterior la ausencia de un análisis que determine si existen suficientes profesionales disponibles en el mercado con las condiciones requeridas impide verificar si los requisitos establecidos permiten garantizar la pluralidad de oferentes y, en consecuencia, el cumplimiento de los principios de selección objetiva y libre concurrencia.

Seguidamente frente a la información solicitada por los observantes la entidad ha expresado:

> *"La entidad aclara que para dar respuesta a la pregunta debe el observante precisar la información solicitada, y tramitarla a través de derecho de petición puesto que no es una observación que contribuya al desarrollo del proceso y que no tiene relación directa con el desarrollo del objeto contractual."*

Es importante precisar que las observaciones allegadas en la etapa de proyecto de pliegos se han presentado en el marco del proceso de contratación y tienen como finalidad conocer la planeación y el análisis que la entidad desarrolló para la inclusión de los requisitos exigidos, por lo tanto, corresponde a la entidad dar una respuesta de fondo en esta etapa del proceso, en cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad que rigen la contratación pública.

Se observa en el SECOP II que hay observaciones que hacen una serie de preguntas necesarias para conocer el proceso y el por qué de los requisitos establecidos para los profesionales, sin embargo, la entidad declina el contestar de fondo las preguntas, advirtiendo que las mismas serian contestadas como derecho de petición. Desconoce la entidad que el ejercicio del derecho de petición no requiere formalidad alguna en los términos de la Ley 1755 de 2015 y de la Ley 1437 de 2011, con ellos consideramos que la entidad violenta dicho derecho de petición y el debido proceso, esto es grave, ya que justamente las observaciones comportan una solicitud de interés general y de información la cual hasta la fecha no ha sido resuelta. Ahora, imponer el plazo de respuesta del derecho de petición de 10 o 15 días hábiles al procedimiento de contratación, huelga decir, contraviene también el orden legal. Esto por cuanto el procedimiento de contratación es un procedimiento especial, y los plazos aludidos no solo son los MÁXIMOS, sino también son los que rigen para procesos generales y no especiales como el que nos concita.

En este contexto entiéndase que la observación presentada por el suscrito es en sí misma un derecho de petición y el mismo sentido deberá dársele, con una respuesta inmediata y antes del plazo límite para adendar el proceso.

La obligación de responder de fondo a las observaciones no es una formalidad vacía, sino una garantía esencial para la participación informada y en igualdad de condiciones de todos los oferentes. De esta manera, es DEBER de la entidad emitir una respuesta clara y detallada dentro del proceso, evitando el traslado injustificado a un trámite diferente que restringe el ejercicio legítimo de este derecho.

5. Comparación con procesos anteriores

Al contrastar los requisitos de este proceso con los exigidos en procesos anteriores (ítem estudio del sector de cómo ha comprado la entidad) (LP-DM-001-2020, LP-004-2021, SA-005-2022, LP-016-2022, LP-028-2022 y SA-004-2023), se observa el presunto direccionamiento del proceso.

La revisión histórica evidencia que los procesos mencionados permitieron la participación de un mayor número de oferentes, garantizando así una competencia efectiva y mejores condiciones para la administración pública. El aumento de los requisitos sin justificación técnica restringe y direcciona el proceso.

Resulta relevante por lo anterior conocer las razones por las cuáles se ha considerado que una experiencia general de 17, 16 y 7 años es indispensable para la adecuada ejecución del contrato y por qué no se contempló, por ejemplo, un requisito de cinco 5, 3 o 2 años, que podría permitir una mayor participación de oferentes con experiencia igualmente idónea y suficiente para el desarrollo del objeto contractual, tal como ha sucedido en los anteriores procesos. Cómo la entidad determinó que 17, 16 y 7 años (según el perfil) era el necesario. Por qué no un número superior de años o un número inferior. Que no se confunda discrecionalidad con arbitrariedad, libertad de configuración de pliegos con direccionamiento.

Sumado a lo anterior, se solicita conocer las razones por las cuáles la entidad ha considerado que limitar los perfiles a un determinado y específico tipo de especializaciones o posgrados benefician a la entidad en la ejecución del programa de alimentación escolar. Igualmente se debe indagar por el tipo de experiencia específica que se requiere a los profesionales habilitantes.

Todos los cuestionamientos que se realizan en el presente memorial, tienen como fundamento los antecedentes que el mismo Departamento del Magdalena tiene, pues, al revisar los procesos anteriores se evidencia como factor común que los perfiles habilitantes se acreditaban con menor tiempo de experiencia general y con un mayor número de pregrados y posgrados. Asimismo, la experiencia específica solicitada era más amplia y permitía el ofrecimiento de un mayor número de profesionales que perfectamente debido a sus conocimientos y experiencia pueden ejecutar y desarrollar cualquier contrato de alimentación escolar.

Cabe destacar que, toda modificación de requisitos debe obedecer a una necesidad comprobada y no a la simple voluntad de restringir la participación. Sin embargo, se reitera que, en el presente proceso, no se evidencia el respeto al precedente administrativo ni se encuentra justificado en forma objetiva que el requerimiento de nuevas condiciones para los perfiles habilitantes, suplan las necesidades de la entidad, las cuales, se pude afirmar no son diferentes a las señaladas en el último proceso de selección.

Sumado a lo anterior, es necesario mencionar, que de acuerdo a lo señalado en la Ley 1150 de 2007, los requisitos habilitantes para todo proceso de contratación deben ser criterios que permitan calificar la **APTITUD DEL PROPONENTE** para participar y posteriormente

fungir como contratistas, de ahí que, el requerimiento de aportar durante la fase de selección personal sumamente específico que nunca antes ha sido requerido, debe eliminarse del pliego de condiciones definitivo y si es del caso, imponer estas condiciones de forma exclusiva como una obligación del contratista, supeditada a la oferta del mercado.

6. De la ampliación de los perfiles habilitantes solicitados

Con el fin de asegurar y garantizar la libertad de concurrencia para permitir la participación de más oferentes y de este modo garantizar en debida forma la selección objetiva, el Departamento del Magdalena, deberá modificar el pliego de condiciones definitivos, en lo referente a los requerimientos de formación, experiencia general y específica de los profesionales solicitados como requisito habilitante.

En este punto, se debe insistir que los pliegos de condiciones deben establecer requisitos que sean de fácil cumplimiento para la mayoría de los interesados y que permita la participación de estos en igualdad de condiciones, por lo tanto, no es posible que las condiciones de participación se encuentren dirigidas a un solo un grupo o segmento en específico, pues, todo proceso debe propender por materializar el principio de selección objetiva y que éste no solo se encuentre enunciado en los documentos del proceso para cumplir con una mera formalidad.

Así las cosas, la entidad deberá establecer condiciones de participación más amplios y que, se reitera, permitan la participación de un mayor número de oferentes.

En este sentido, para los perfiles habilitantes, que se encuentran en el numeral 6.3.2.3. Equipo mínimo de trabajo para la zona 1 y zona 2, se debe ampliar los requisitos de la siguiente forma:

COORDINADOR GENERAL:

- **POSGRADO:** Se deben ampliar los posgrados requeridos incluyendo los siguientes:

  POSGRADO GERENCIA DE PROYECTOS, Y/O GERENCIA DE PROYECTOS EN ALIMENTOS Y NUTRICIÓN.

  Como se indicó, los posgrados mencionados se encuentran relacionados con el perfil de coordinador general y las funciones que éste debe desarrollar en la ejecución del programa de alimentación escolar, cada uno de los perfiles permite tener conocimientos en gerencia, administración y manejo de proyectos, lo cual, sin duda consolida una condición más beneficiosa para la entidad, quien tendrá un amplio margen de escogencia y finalmente, será la única favorecida con el perfil que por sus amplios conocimientos puede ejecutar un contrato tan importante como es la prestación del servicio de alimentación escolar de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes del Departamento del Magdalena.

EXPERIENCIA GENERAL: se solicita a la entidad que se disminuya la experiencia general solicitada, pues se amplían el número de profesionales que puedan cumplir con el requisito, aumentando la posibilidad de participación de oferentes. Así mismo se garantiza que el profesional tenga la experticia solicitada.

Así la experiencia general mínima del profesional propuesto para coordinador general podría ser de 10 años contados a partir de la expedición de su tarjeta profesional (cuando aplique) hasta la fecha de cierre del presente proceso.

Se debe recordar en este punto que, la entidad en procesos pasados había requerido como experiencia máxima del coordinador un plazo de 5 años, los cuales se consideran proporcionales y razonables para la ejecución del contrato.

Inclusive se debe mencionar que, las personas que han ejecutado el contrato en calidad de coordinadores generales con máximo 5 años de experiencia general, no han tenido inconvenientes durante la ejecución, por lo cual, no se encuentra una razón objetiva que determine la necesidad de ampliar este requisito a un periodo más restrictivo como es 10 años.

EXPERIENCIA ESPECÍFICA: Para garantizar la participación se debe ampliar la experiencia específica requiriendo además los siguientes cargos:

Director, director de proyecto o coordinador o coordinador general o coordinador operativo, gerente, gerente de proyecto, o gerente administrativo en mínimo cinco (5) contratos de programa de alimentación escolar.

Y que además requiera únicamente que el valor de al menos uno (1) de los contratos en los que haya participado el profesional sea del 100% del Presupuesto Oficial de la Zona a ofertar.

Es necesario precisar que, la experiencia específica de los perfiles habilitantes no puede ser restringida a un cargo en específico, pues, en el territorio colombiano no existe un parámetro o normatividad que determine que los perfiles contratados deban vincularse a los contratos bajo la denominación de determinado cargo, por lo tanto, la denominación del cargo depende únicamente de los contratantes y al no manejarse un lenguaje común no es posible solicitar que los perfiles aportados deban cumplir con este requisito. La entidad debe tener en cuenta las funciones realizadas por los profesionales, las cuales deben estar directamente relacionadas con el cargo a desempeñar, sin importar el nombre que haya tenido.

COORDINADOR DE ZONA:

- **POSGRADO:** Se deben ampliar los posgrados requeridos incluyendo los siguientes:

GERENCIA DE PROYECTOS.

Los anteriores posgrados se relacionan con los posgrados inicialmente solicitados y con las funciones que pueda ejecutar el coordinador de zona.

EXPERIENCIA GENERAL: se solicita a la entidad que se disminuya la experiencia general solicitada, se insiste, disminuir el mínimo de experiencia general requerida permite ampliar la cantidad de profesionales que puedan cumplir el perfil

Así la experiencia general mínima del profesional propuesto para coordinador de zona deberá ser de 10 años contados a partir de la expedición de su tarjeta profesional (cuando aplique) hasta la fecha de cierre del presente proceso.

EXPERIENCIA ESPECÍFICA: Se solicita ampliar los cargos requeridos en experiencia específica, incluyendo los siguientes:

COORDINADOR OPERATIVO Y/O SUPERVISOR DE CAMPO

Y que los contratos en los que haya participado el profesional sean en programas de alimentación escolar PAE y que el valor de uno (1) de los contratos en los que haya participado el profesional sea igual o superior al 100% del presupuesto oficial de la zona a la que presente oferta.

COORDINADOR DE CALIDAD

- **POSGRADO:** Se debe adicionar el siguiente posgrado que se relaciona con la formación y funciones que puede ejecutar el coordinador de calidad:

  GERENCIA EN PRODUCCIÓN Y CALIDAD

  NO INCLUIR FORMACIÓN ADICIONAL: No se deben requerir las formaciones especificadas en *"otras formaciones",* como es *"Formación Normatividad Sanitaria Del programa de alimentación escolar PAE expedida por El Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima y la Unidad de alimentos para Aprender UApA"* pues, esta no se imparte de forma periódica ni son comunes para los profesionales.

  Es necesario resaltar en este punto que, de acuerdo a los boletines informativos del Invima, en el año 2024, se encuentra evidencia de la realización de UN CURSO dictado tanto por Invima como por la UAPA[7].

[7] Corroborar en: https://www.invima.gov.co/sala-de-prensa/el-invima-vela-por-la-calidad-de-la-alimentacion-escolar

Este curso, es completamente novedoso al punto que, su terminación data del 10 de diciembre de 2024, por lo tanto, resulta totalmente arbitrario y direccionado que el Departamento del Magdalena solicite la acreditación de formación adicional del curso mencionado.

En caso que la entidad decida mantener como requisito habilitante la acreditación de "Formación Normatividad Sanitaria Del programa de alimentación escolar PAE expedida por El Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima y la Unidad de alimentos para Aprender UApA", se solicita se publique de forma inmediata todos los ingenieros Alimentos, con Especialización en Gerencia de la calidad o administración total de la calidad, que tomaron el curso en el año 2024 y que se encuentran certificados en esta formación.

EXPERIENCIA ESPECÍFICA: Se solicita ampliar los cargos requeridos en experiencia especifica, incluyendo los siguientes:

COORDINADOR, O SUPERVISOR DE CAMPO O PROFESIONAL DE CAMPO.

Y que los contratos en los que haya participado el profesional sean en programas de alimentación escolar PAE, indistintamente del presupuesto del contrato en el que haya participado.

Se reitera, las formaciones, cargos y experiencia que se solicita se amplie garantizará la participación de múltiples oferentes.

7. De la ampliación de los perfiles ponderables solicitados

Luego de un análisis detallado de los criterios de evaluación del proceso en referencia, se evidencia que los perfiles ponderables definidos presentan un nivel de especificidad excesivo, lo que restringe la participación de oferentes idóneos y genera un indicio de posible direccionamiento del proceso.

En virtud de lo anterior, y con el fin de garantizar una selección objetiva basada en criterios amplios y proporcionales a las necesidades del contrato, solicitamos a la entidad que realice los siguientes ajustes en los perfiles ponderables, con el ánimo de garantizar una mayor participación:

a) DIRECTOR GENERAL

PERFIL SOLICITADO: Profesional en nutrición y dietética y/o economista y/o Ingeniería de Alimentos **y/o Ingeniería Agroindustrial, y/o Ingeniería Industrial.**
Con posgrado en **administración de empresas** y/o gerencia publica y/o gerencia de Proyectos y/o finanzas territoriales y/o epidemiologia. y/o Calidad y producción en la industria alimentaria.

Se solicita la inclusión de Ingeniería Agroindustrial e Ingeniería Industrial dentro del perfil habilitante, pues estas son áreas afines que cuentan con competencias equivalentes y complementarias para la gestión del objeto contractual, veamos:

La Ingeniería Agroindustrial está directamente relacionada con la producción, transformación y gestión de alimentos, alineándose con los procesos de calidad, inocuidad y sostenibilidad en la industria alimentaria.

La Ingeniería Industrial aporta conocimientos en optimización de procesos, gestión de recursos, control de calidad y logística, aspectos clave para la administración eficiente de un proyecto que involucra producción, distribución y aseguramiento de insumos.

De igual forma se solicita la inclusión de Administración de Empresas dentro de los posgrados para el cargo de Director General, dado que esta formación aporta conocimientos esenciales en gestión estratégica, administración de recursos, planeación financiera y optimización de procesos, competencias clave para la dirección eficiente del contrato.

EXPERIENCIA SOLICITADA:

Experiencia general **mínima de 10 años**, contados a partir de la fecha **de emisión de su matrícula profesional (cuando aplique) o de su diploma profesional y hasta el cierre del presente proceso; para la cual aportará la copia de esta última y el certificado de vigencia de su matrícula profesional (cuando aplique).**

Experiencia específica: como director, **director de proyecto o coordinador o coordinador general o coordinador operativo, gerente, gerente de proyecto, o gerente administrativo** en mínimo cinco (5) contratos de programa de alimentación escolar; por lo menos uno (1) de ellos el valor ejecutado sea del **100% del Presupuesto Oficial de la Zona a ofertar.**

Reducir la experiencia general de 15 a 10 años es razonable, ya que permite la inclusión de profesionales con una trayectoria significativa en la gestión de programas de alimentación escolar, asegurando así una amplia competencia sin afectar la idoneidad de los profesionales.

Por otra parte, debe aclararse por la entidad frente al computo de la experiencia que la misma no se valida únicamente desde la inscripción en RETHUS, pues el mismo es requisito legal para las profesionales del área de la salud razón por la cual debe precisarse que depende del pregrado acreditado la forma de contabilización de la misma como se precisó anteriormente.

Asimismo, la ampliación de los roles admitidos dentro de la experiencia específica (incluyendo director de proyecto, coordinador, gerente, entre otros) responde a la naturaleza multidisciplinaria de la dirección de estos programas, donde es discrecional del contratista y entidad determinar la denominación del cargo, resultando por tanto indispensable la verificación de las funciones desarrolladas. Esto permite evaluar de manera

más objetiva la capacidad del aspirante para desempeñar el cargo, sin imponer restricciones innecesarias que puedan limitar la selección del mejor talento disponible.

Por último, el ajuste en el criterio de valoración de los contratos requeridos, estableciendo que al menos uno de los cinco contratos presentados haya tenido un valor igual al 100% del Presupuesto Oficial de la Zona a ofertar, garantiza proporcionalidad en la exigencia en función de la zona de la cual se pretende ser adjudicatario.

b) COORDINADOR SST

PERFIL SOLICITADO: Profesional en Nutrición y dietética y/o Ingeniería Industrial **o agroindustrial, o Tecnólogo en salud ocupacional, ingeniera de alimentos.**
Especialista en gerencia en salud ocupacional y/o en salud ocupacional **y/o Seguridad y Salud en el Trabajo, (si aplica)**

La inclusión de Ingeniería Agroindustrial, Ingeniería de Alimentos y Tecnología en Salud Ocupacional es coherente con las responsabilidades del cargo, ya que estas disciplinas abarcan conocimientos en procesos productivos, calidad alimentaria, normatividad sanitaria y gestión de riesgos laborales, todos ellos fundamentales en la operación de programas de alimentación.

Asimismo, la ampliación de los posgrados para incluir Seguridad y Salud en el Trabajo responde a la evolución de la normativa en prevención de riesgos laborales, unificando terminologías y alineando el perfil con los estándares actuales. Además, la indicación "(si aplica)" permite evaluar la necesidad del posgrado en función de la formación base del profesional, evitando restricciones innecesarias que puedan limitar la participación de profesionales idóneos.

EXPERIENCIA SOLICITADA:
Experiencia general: mínima de **cinco (05) años**, contados a partir de la fecha de emisión de su matrícula profesional (cuando aplique) o de su diploma profesional y hasta el cierre del presente proceso; para la cual aportará la copia de esta última y el certificado de vigencia de su matrícula profesional (cuando aplique).

Experiencia especifica: como **coordinador del programa SST o coordinador** en tres (03) contratos de programa de alimentación escolar, por lo menos uno (01) de los contratos deben ser un valor igual o mayor al **100% del valor del presupuesto oficial de la zona a participar.**

Reducir la experiencia general de 10 a 5 años es una medida proporcional y razonable, ya que permite la inclusión de profesionales con una trayectoria significativa en Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), asegurando una competencia más amplia sin afectar la idoneidad del profesional, pues la misma se refuerza con la experiencia especifica en PAE.

Asimismo, la reducción de la experiencia específica de 5 a 3 contratos como coordinador SST o coordinador, junto con la ampliación del alcance del rol, permite considerar

profesionales con experiencia equivalente en gestión de seguridad y salud en PAE, sin que ello implique una disminución en la exigencia técnica. Además, el ajuste en el criterio de valoración de los contratos requeridos, estableciendo que al menos uno de los cinco contratos presentados haya tenido un valor igual al 100% del Presupuesto Oficial de la Zona a ofertar, garantiza proporcionalidad en la exigencia en función de la zona de la cual se pretende ser adjudicatario.

c) COORDINADOR CONTABLE, TRIBUTARIO Y FINANCIERO

EXPERIENCIA SOLICITADA:

Experiencia General: **mínima de 9 años**, contada a partir de la expedición de la tarjeta profesional.

Experiencia especifica: Contador público en **mínimo tres (03) contratos** de operación de programas de alimentación escolar, por lo menos uno (01) de los contratos deben ser un valor **igual o mayor al 100% del valor del presupuesto oficial de la zona a participar**.

Reducir la experiencia general de 15 a 9 años sigue siendo una exigencia significativa que permite contar con profesionales altamente capacitados, pero sin imponer restricciones excesivas que limiten la libre concurrencia. Además, la experiencia específica en tres contratos de operación del PAE en lugar de cinco mantiene un criterio suficiente de especialización, asegurando que los candidatos cuenten con experiencia comprobada en la gestión contable y financiera de estos programas.

Asimismo, la exigencia de que UNO de los contratos haya tenido un valor igual o mayor al 100% del presupuesto oficial de la zona a participar permite garantizar que los postulantes han manejado proyectos de una magnitud similar a la del contrato en curso, asegurando su capacidad de gestión sin generar barreras de acceso innecesarias.

d) PROFESIONAL OPERATIVO DE CAMPO

EXPERIENCIA SOLICITADA:

Experiencia General: mínima de 8 años, contada a partir de la expedición de la tarjeta profesional.

Experiencia especifica: Supervisor de Campo o **profesional de campo u operador de campo o coordinador zonal** en mínimo tres (03) contratos de operación programas de alimentación escolar.

La reducción de la experiencia específica de cinco a tres contratos y la ampliación de los roles habilitantes (Supervisor de Campo, Profesional de Campo, Operador de Campo o Coordinador Zonal) permite una evaluación más justa de profesionales que han

desempeñado funciones equivalentes dentro del PAE, sin limitar injustificadamente su participación por denominaciones específicas.

Finalmente, la eliminación del requisito de que los contratos deban haberse ejecutado exclusivamente en la Región Caribe evita una restricción territorial injustificada que limita la libre concurrencia y restringe la competencia de profesionales con experiencia en otras regiones del país, pues aun cuando existen diferencias territoriales entre cada uno de los departamentos, lo cierto es que las condiciones mínimas técnicas para la operación del PAE son estándar y se encuentran reglamentadas en la Resolución 335 de 2020 y en los lineamientos técnicos del PAE. La supervisión de un programa de alimentación escolar se basa en principios técnicos, normativos y administrativos que son aplicables a nivel nacional, por lo que exigir experiencia en una zona geográfica específica carece de justificación objetiva y podría constituir una barrera artificial que restringe la selección objetiva. La apertura del criterio geográfico permite que profesionales con experiencia en otros departamentos del país puedan aportar su conocimiento sin que esto implique una afectación en la calidad del proceso.

e) TÉCNICO OPERATIVO DE CAMPO

EXPERIENCIA SOLICITADA:

Experiencia General: mínima de tres **3 años.**

Experiencia especifica: Supervisor o coordinador de Campo, o técnico u operativo en mínimo tres (03) contratos de operación o interventoría de programas de alimentación escolar.

Reducir la experiencia general de 5 a 3 años es una medida proporcional que permite la participación de técnicos con una trayectoria suficiente en la ejecución y supervisión de programas de alimentación escolar (PAE), garantizando que los candidatos cuenten con la formación y práctica necesarias para desempeñar eficientemente sus funciones.

Asimismo, la reducción de la experiencia específica de cinco a tres contratos y la ampliación de los cargos (Supervisor de Campo, Coordinador de Campo, Técnico u Operativo) permite evaluar de manera más justa a profesionales que han desempeñado funciones equivalentes en el PAE, sin que la denominación del cargo sea un factor excluyente. Esto evita restricciones injustificadas que limiten la participación de personal con experiencia comprobada en la operación e interventoría de estos programas.

Las modificaciones propuestas buscan garantizar un proceso de selección más equitativo y competitivo, permitiendo la participación de un mayor número de profesionales idóneos sin desvirtuar la exigencia técnica del contrato. La ampliación de los perfiles y la flexibilización de los requisitos de experiencia eliminan restricciones injustificadas, como la exigencia de experiencia en una región específica o la limitación a determinadas denominaciones de cargo, asegurando igualdad de oportunidades y una evaluación basada en criterios objetivos. Asimismo, los ajustes en la experiencia general y específica mantienen

estándares de idoneidad adecuados, evitando barreras artificiales que restringen la libre concurrencia y podrían generar direccionamiento del proceso.

8. De la responsabilidad de los funcionarios encargados del proceso

En este punto, es necesario reiterar que, las actuaciones desplegadas por la ordenadora del gasto y su equipo encargado de llevar el presente proceso, además de configurar posibles faltas disciplinarias, también pueden configurar posibles conductas penales, al configurarse un presunto interés en la celebración del contrato y una presunta celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, tal como sucedió con el señor LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, exgobernador del Departamento del César y quien fue condenado por la comisión de los delitos antes citados, así como por el delito de peculado por apropiación, en un contrato de alimentación escolar.

En el mencionado caso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de forma precisa determinó la importancia que tienen los estudios o análisis previos respecto a la justificación de la necesidad de requerir el cumplimiento de determinadas condiciones para la celebración del contrato y su alcance, pues ante la ausencia de estos, es claro concluir el incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, en conjunto con la violación del principio de planeación como deber, obligación y etapa precontractual de la celebración de un contrato.

No es menos importante señalar que, la responsabilidad de los procesos de contratación no solo recae en los funcionarios directamente implicados, sino que, la misma se extiende al Delegante, en este caso al Gobernador del Magdalena, por lo cual, se debe advertir al señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ, que la delegación realizada no lo exime del deber de vigilancia y control de las actuaciones realizadas por sus funcionarios, por lo cual, hasta la misma Sala de Casación Penal en el caso del exgobernador del César antes mencionado, señaló:

> *"Además, todas estas circunstancias, como ya se dijo, llevan a la Sala a concluir que todo el proceso contractual se adelantó con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que el sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba sin causa legalmente atendible el bien jurídico de la administración pública y por contera se apropiaba en favor de terceros de dineros oficiales.*
> *(…)*
> *Insiste la Sala, el resultado era comprendido por el exgobernador pues sabía que al apartarse de sus deberes de vigilancia y control de trámite, celebración y liquidación irregular de la contratación que delegó, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundamentalmente que todo fue proyectado para apropiarse de los recursos que habían sido destinados al suministro de alimentación escolar con los cuales seria complementada la alimentación de los niños, niñas y adolescentes en edad escolar, a quienes iba dirigido el programa. (…)"*

En consecuencia, se solicita a la entidad **PUBLIQUE DE FORMA INMEDIATA** las razones técnicas que sustentan este cambio en los requisitos del personal mínimo requerido frente al proceso inmediatamente anterior. Específicamente, debe precisar los criterios técnicos que justifican la elección de estos requisitos y no otros, demostrando su idoneidad y necesidad para la correcta ejecución del contrato. En caso de no existir una justificación técnica sólida y verificable en los estudios previos, se deberá proceder con la eliminación de estos requisitos, garantizando así el principio de libre concurrencia y la participación de un mayor número de oferentes

III. DE LA PRESUNTA COMISIÓN DE LOS DELITOS DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES Y RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE

Para soportar las observaciones aquí relacionadas se debe traer a colación sendos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en los cuales se determinó la responsabilidad penal de ordenadores del gasto por haber incurrido en conductas penales durante la etapa precontractual de los procesos de selección, así las cosas se deja de presente que, de mantener por parte de los funcionarios sus acciones y omisiones contrarias a la ley ya los principios de la contratación estatal, la consecuencia que pueden tener es una sentencia condenatoria por la comisión de presuntos delitos.

Se trae a colación los posibles delitos en los cuales pueden incurrir los funcionarios encargados de la dirección del presente proceso de selección, así como el mismo Gobernador del Departamento del Magdalena:

> ***Artículo 409.Interés indebido en la celebración de contratos.*** El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, 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.
>
> ***Artículo 410.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.

Para dar desarrollo al por qué los funcionarios públicos del Departamento del Magdalena pueden ser condenados penalmente por la comisión de presuntos delitos, es necesario tener en cuenta el siguiente ejercicio de tipificación:

1. **EXISTENCIA DE UN SUJETO PASIVO**: Frente a los delitos antes citados se debe precisar que los mismos recaen sobre un sujeto pasivo específico que, corresponde a los servidores públicos que por razón de su cargo o de sus funciones conozcan el asunto objeto de debate. En este punto es claro que los principales responsables de las presuntas conductas penales serían el gobernador de Departamento, RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ y la Jefe de a Oficina de Contratación del Departamento, JENNY CAMACHO NEUTO.

   Ambos funcionarios se encuentran en la condición de servidores o funcionarios públicos y tienen a su cargo toda la actividad contractual del Departamento del Magdalena, por lo cual, cualquier acción u omisión que se despliegue en el presente proceso de selección se encuentran directamente relacionadas tanto con el cargo como con las funciones de los mismos.

2. **CODUCTA O VERBO RECTOR:** Cada uno de los delitos citados tiene un verbo rector específico, así las cosas, se debe mencionar que, por la etapa del proceso de selección en el momento se podría configurar un presunto interés en la celebración de un contrato, que puede ser en nombre propio o de un tercero. Lo anterior, debido a la insistencia de la entidad de imponer requisitos restrictivos que impiden la participación de un número plural de oferentes y que permiten concluir la intención de presuntamente dirigir el proceso de selección a un único oferente.

   No obstante lo anterior, se debe recordar que, de llegarse a adjudicar el presente proceso de selección y proceder a la suscripción del contrato bajo las condiciones establecidas en el pliego de condiciones definitivo, se materializaría el tipo penal de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. Por lo tanto, la responsabilidad de los funcionarios no termina solo con la adjudicación, sino también con el trámite e incluso la liquidación del contrato.

3. **BIEN JURÍDICO TUTELADO**: Los artículos 409 y 410 del Código Penal protegen el bien jurídico del contrato estatal, desde la legalidad y la legitimidad de la contratación estatal, hasta la forma y principios de la contratación. Principio de Selección objetiva.

Los tipos penales que aquí se desarrollan, además han sido estudiados en casos específicos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual se trae algunas sentencias que permiten entender el alcance de los mismos y el riesgo en el cual se encuentran principalmente los señores JENNY CAMACHO NEUTO y RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ. Situación extensible a sus asesores indistintamente de su vinculación.

Se debe resaltar que en el escrito se encuentra citada la sentencia condenatoria en contra del señor LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, exgobernador del Departamento del César

y quien fue condenado por la comisión de los delitos antes citados, así como por el delito de peculado por apropiación, por las acciones cometidas durante el proceso de selección del contrato de alimentación escolar.

- **ANTECEDENTE PENAL POR FALTA DE VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES DELEGADAS[8]**

Se trae a colación el caso del señor IVÁN GERARDO GUERRERO GUEVARA, en su condición de Gobernador del Departamento de Putumayo, condenado a **setenta y siete (77) meses de prisión, multa de 91.4 s.m.l.m.v., e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de ochenta y cuatro (84) meses,** como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales.*

El mencionado fue condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, toda vez que, la delegación efectuada no lo exime de responsabilidad, por el contrario la Sala Penal recuerda y reitera que los delegatarios están en la obligación de verificar el cumplimiento de los elementos inherentes a la contratación, por lo cual, su actividad no se limita a la imposición de una simple firma.

En extenso, señala la sentencia lo siguiente:

> *"29. Así, la responsabilidad penal del representante legal del ente público se produce cuando éste omite, previo a celebrar los negocios jurídicos, verificar que los funcionarios delegados -como ocurre en este caso-, respetaron los procedimientos necesarios para contratar, bien sea por licitación pública o contratación directa, conforme la naturaleza o cuantía del contrato; también, al apartarse del deber de corroborar que fueron llevadas a cabo todas las etapas necesarias en el cometido de garantizar una selección que satisfaga el interés general."*
> *(…)*
> *"32. Considera el ente fiscal que, a pesar de estar probada la delegación del trámite precontractual[9] en el Secretario de Infraestructura, el implicado seguía siendo responsable de verificar, con plena y total observancia, el cumplimiento de los elementos inherentes a la contratación; porque, como gobernador, no era un simple "avalador" de las labores desempeñadas por sus subalternos; pues su misión, en dicha etapa, no se agotaba con la firma mecánica de los convenios sometidos a su consideración."*
> *(…)*
> *"43. Por manera que, la exigencia del tipo penal de verificar el cumplimiento de los requisitos legales del contrato, no se puede soslayar con la manifestación del responsable de celebrar el acuerdo, en que confió en la actuación de sus subalternos o en el hecho de haber obrado de buena fe;* ***pues, la contratación estatal***

[8] SP1063-2024. RADICACIÓN 60778. (APROBADO EN ACTA NO. 110) MAGISTRADO PONENTE FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS. Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).
[9] Decreto No. 176 de 28 de junio de 2002.

demanda del servidor público ordenador del gasto y representante legal, una tutela estricta en orden a constatar las exigencias esenciales del contrato.

44. Ciertamente, la administración pública es por esencia compleja y requiere de la intervención de funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero no por ello es posible desprenderse de la función contractual ni de las responsabilidades esenciales. Si así fuera, el supremo director siempre encontraría en esa circunstancia una excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen."

Así las cosas, se puede afirmar que, la configuración de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, tal como se desarrolló en la primera parte de este numeral, también recae sobre el delegante de las funciones, en consecuencia, es preciso solicitar que el señor RAFAEL ALEJANDRO MARTÍNEZ, en calidad de Gobernador del Magdalena asuma las riendas del proceso de selección o en su defecto vigile de cerca la actividad contractual desarrollada por sus funcionarios. De lo contrario es claro que se estaría en curso de la comisión de un presunto delito.

- **ANTECEDENTE DEL DELITO DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.**

El funcionario investigado y condenado fue el señor **LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR** elegido gobernador del Cesar para el periodo 1998 a 2000, y fue condenado como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La investigación se adelantó con ocasión de las maniobras presupuestales realizadas en 1999 al emitir varios decretos que facilitaron la apropiación de recursos provenientes del situado fiscal, sumado a lo anterior, se comprobó la ausencia de estudios previos y proceso de selección del contratista con violación a los principios de planeación, economía y responsabilidad, incumplimiento de las exigencias propias para la celebración de contrato.

Señala la sentencia lo siguiente:

"Es claro entonces que las ilicitudes que en materia presupuestal realizó el procesado permiten inferir su conocimiento y voluntad también en el incumplimiento de las reglas contractuales públicas, pues de esa forma se materializaba la destinación arbitraria de los recursos del situado fiscal, conducta a la cual concurrió no solo delegando la ordenación del gasto del Fondo Educativo Departamental, sino omitiendo deliberadamente los deberes que la misma le imponía y en tal virtud, actuó en contravía del claro mandato del artículo 9º de la Ley 489 de 1998, que establece como fin último de aquella figura el desarrollo adecuado de los principios de la función administrativa enlistados en el artículo 209 Superior, omitiendo de paso la obligación de informarse sobre el desarrollo de la función delegada, impartir

directrices para su ejercicio y adelantar el respectivo control administrativo sobre la misma."

Como se puede notar, la sentencia en cita es otro de los ejemplos con lo cuales se puede comprobar que la falta o insuficiencia de estudios previos y análisis del sector conllevan una responsabilidad penal de los funcionarios, pues, se entiende que el proceso de selección no se llevó bajo los mínimos parámetros establecidos en la normatividad vigente, más si se tiene en cuenta que todos los requisitos de un proceso de selección deben estar debidamente soportados, justificados y así cubrir las necesidades de la entidad. En otras palabras no se permite la imposición de requisitos subjetivos que son impuestos por la mera liberalidad y voluntad de los funcionarios encargados del proceso.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en las observaciones aquí referidas es claro que existe un PRESUNTO direccionamiento del presente proceso hacia un grupo empresarial específico, actuación que se ha desplegado por los funcionarios del Departamento desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Se le recuerda a la entidad y a sus funcionarios que es su DEBER velar por la materialización de los principios de selección objetiva, planeación, transparencia y libre concurrencia, so pena de incurrir en posibles faltas disciplinarias y presuntos delitos sancionados por el ordenamiento jurídico vigente, del cual, como se ha mencionado ya existen antecedentes.

Sin otro particular

FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA
Memorial PAE Magdalena 2025
Proceso: **LP-002-2025**
CC. No. 12.752.809 de Pasto
TP. No. 141.917 del C.S. de la Judicatura.

Proyectó. KB.