

2021, Año 1, Ejemplar 02

CARTILLA PREVENTIVA INPEC

Oficina de Control Interno

Casuística Penitenciaria

CARTILLA PREVENTIVA

OFICINA DE CONTROL INTERNO

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

Año 1. Ejemplar 02. 2021.
Periodicidad Cuatrimestral.

Cartilla Preventiva: <http://www.inpec.gov.co/en/web/guest/institucion/reportes-de-control-interno/sistema-de-control-interno>

Bogotá D. C., Colombia

Director General del INPEC: Mayor General Mariano de la Cruz Botero Coy

Jefe Oficina de Control Interno: Mayor (RA) Jefferson Erazo Escobar.

Comité Editorial: Integrantes de la Oficina de Control Interno, grupo Enfoque Hacia la Prevención.

Editor: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

Recopilador y Diagramador: Dr. Mauricio García Alejo, PhD. Líder Investigador Min Ciencias.

Contacto: cinterno@inpec.gov.co / mauricio.garcia@inpec.gov.co

Los textos, artículos y casos publicados son propiedad intelectual de sus autores y de la cartilla. Pueden utilizarse libremente para usos educativos y académicos, siempre que se cite el autor y la publicación, con su dirección electrónica exacta. En cualquier otro caso, deberá comunicarse el uso y pedirse autorización a la Oficina de Control Interno del INPEC. La utilización de los textos en otros sitios web o la copia y reproducción del texto de la cartilla, debe tener su respectivo crédito y enlace. Las opiniones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente el pensamiento de la cartilla.

PRESENTACIÓN

La presente cartilla preventiva, es un instrumento de la Oficina de Control Interno, basada en la casuística Penitenciaria y Carcelaria del INPEC, cuyo único propósito, es el enfoque preventivo: refiere a la preparación con la que se busca evitar, de manera anticipada, un riesgo, un evento desfavorable o un acontecimiento dañoso.

Se pretende entonces, que el caso descrito, sea soporte y base futura, en el NO cometimiento del mismo error, bien sea en la ejecución de un proceso o procedimiento determinado. Los casos aquí presentados son basados en hechos reales, sucedidos en el Instituto, pero ajustados por la didáctica que se busca de prevención y autocontrol; la técnica utilizada de presentación esta cimentada en la teoría de: “revisión después de la acción”.

La teoría de la revisión después de la acción, busca que, en una discusión por grupos focales, con base en un proyecto o una actividad terminada; permita a todos y cada uno de los individuos interesados en el caso, aprender por sí mismos de lo que no se debe hacer, las consecuencias de lo sucedido, por qué sucedió, qué salió bien y que salió mal, lo que se necesita mejorar, las consecuencias de decisiones apresuradas o sin fundamento; y qué lecciones se pueden aprender o desaprender de la experiencia relatada.

La casuística aquí presentada, no resolverá el caso, ya que será el temario de los grupos que deseen revisar la acción, de un hecho pasado, como medio de prevención y de **auto capacitación**.

Oficina de Control Interno

Grupo Enfoque Hacia la Prevención

Bogotá D.C.

Julio de 2021

MARCO LEGAL

La Ley 80 de 1993, en el Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos, establece:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del

Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.”

La Ley 80 de 1993, en el Artículo 23. De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales, establece:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

La Ley 80 de 1993, en el Artículo 12. De la delegación para contratar, establece:

“Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.”

La Ley 734 de 2002, artículo 34, establece que son deberes de todo servidor público:

“1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.”

SITUACIÓN ENCONTRADA

Con fecha 31 de diciembre del año 2020, la Oficina de Control Interno del INPEC (OFICI), recibió un correo electrónico anónimo, con el siguiente asunto: “Más situaciones de Corrupción en el INPEC”, en el que se expone lo siguiente:

“Soy una persona natural, honesta y cumplidora de mi deber; y como oferente dentro de un proceso de selección de contratación pública mediante la plataforma SECOP II, veo el día de hoy con preocupación un posible hecho de corrupción en el Establecimiento Carcelario “El Descanso”.”

En la comunicación se esboza una serie de acciones y se pone en conocimiento de la OFICI, entre otros, lo siguiente:

1. Uno de los concursantes dentro del proceso, entregó una certificación auténtica, expedida por el mismo establecimiento carcelario que está convocando, en la que se certifican varios contratos, que este concursante tuvo con la entidad en años anteriores, al año de los hechos. Dicha certificación suma en contratos aproximadamente novecientos noventa y cinco (\$995) millones de pesos colombianos; y lo más preocupante es que son asignados al mismo oferente. En dicha certificación se puede resaltar el suministro de productos con ciertas características técnicas similares y puntuales.

Sobre los hechos relatados anteriormente, la Oficina de Control Interno, solicita la orientación de un ente de control externo; y en respuesta a ello escribe:

“Los procesos desarrollados por el Complejo Carcelario y Penitenciario “El Descanso”, tienen su sustento legal, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1712 de 2014, Decreto único reglamentario 1082 de 2015(entre otras); ya que la entidad es autónoma de la estructuración de sus procesos de contratación, de acuerdo a lo contemplado en los estudios previos y análisis del sector, para el caso de bienes con características uniformes, adquiridos a través de la modalidad contratación de menor cuantía, por subasta inversa y mínima cuantía; bienes adquiridos por parte de la entidad que cumplieron con los requerimientos exigidos dentro del proceso de selección, para satisfacer sus necesidades establecidas durante la vigencia mencionada. (...)

La normatividad no establece disposición alguna que prohíba la celebración de contratos estatales con una misma empresa, siempre y cuando se cumpla con lo establecido en la Ley, que para el caso en cuestión debe versarse sobre la libre competencia, ya que los criterios de selección están contemplados en la norma y quien haga los mejores ofrecimientos a la entidad, en términos de precio, calidad, beneficio-costos, será el adjudicatario en los procesos licitatorios propuestos, ajustados en derecho. (...)

Ante lo cual se precisa que, si bien es cierto que la “Entidad es autónoma de la estructuración de sus procesos de contratación”, no es menos cierto que está obligada por ley, jurisprudencia y doctrina a garantizar la transparencia y la selección objetiva en todos sus procesos contractuales.

El oferente al acreditar en el año respectivo, su experiencia con una certificación del año inmediatamente anterior suscrita por el Coronel (RA), encargado del Complejo Carcelario y Penitenciario “El Descanso”, en la que constan seis (06) contratos por un valor de novecientos noventa y siete (\$997) millones de pesos colombianos, con diferentes objetos contractuales, podría romper la garantía de la selección objetiva y la transparencia, ya que quien evalúa dicho documento es la misma entidad que la profirió.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera con radicado N°19001-23-31-000-2002-01577-01(AP), establece que no por tratarse de una excepción a la regla de la convocatoria pública la entidad puede sustraerse a la obligación de cumplir con los principios que rigen la contratación estatal así como los criterios para la selección objetiva teniendo en cuenta que uno de ellos es la experiencia a fin de escoger la propuesta más ventajosa para la entidad que contrata.”

Con base en lo anterior, la OFICl, solicita al director encargado del ERON “El Descanso”, su manifestación sobre los hechos, a los cuales responde:

Respuesta del Establecimiento Carcelario:

“La observación planteada por la Oficina de Control Interno, hace alusión a que en el desarrollo de los procesos contractuales de la vigencia relatada y los cuales son objeto de estudio por parte del ente de control, se vulnero como principio rector de la contratación estatal el de transparencia. En los expedientes contractuales verificados por el área jurídica, bajo ningún precepto, la administración ha vulnerado dicho principio, debido a que la actuación contractual se realizó de manera imparcial y objetiva; en igualdad de oportunidades y bajo la luz de la moralidad pública.

A cerca de la experiencia por parte del oferente en cuestión, no se violó el principio de selección objetiva y la certificación emitida por la entidad es absoluta y totalmente ajena a un propósito de favorecimiento, en este caso del oferente que la solicitó y la aportó.

La experiencia es solo uno de los factores de selección en los procesos de licitación pública desarrollada por la entidad, parámetro que todos los oferentes cumplieron a cabalidad sin miramientos preferenciales de (amistad, parentesco, intereses políticos o comerciales, entre otros), los procesos realizados por la entidad se establecieron en igualdad de condiciones para los interesados y competidores, sin tener en cuenta otro tipo de razones, los cuales se plasmaron en la publicidad de los procesos contractuales en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP II.”

Algunos análisis a la Respuesta:

1. Si bien es cierto el Establecimiento Carcelario del INPEC argumenta que “la entidad es autónoma de la estructuración de sus procesos de contratación”, corolario de ello en aplicación del principio de responsabilidad es que, es responsable de manera directa al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza del administrador de la entidad, la Administración existe en virtud de la Constitución y en su actuación está sometida al imperio de la Ley y no al margen de la Ley. Es decir, que sólo puede hacer lo que la Constitución y la Ley le permitan, ya que la Administración no es una persona humana, como los ciudadanos, que se inspire en el principio de libertad derivada de su dignidad natural, sino que es un instrumento organizativo del Poder Ejecutivo para perseguir determinadas finalidades y lograr los fines del Estado, es decir, para ella está prohibido lo que no está permitido.
2. De igual manera, cuando el INPEC argumenta (...) La normatividad no establece disposición alguna que prohíba la celebración de contratos estatales con una misma empresa, siempre y cuando se cumpla con lo establecido en la Ley”, no salvaguarda la libre concurrencia que conlleva a evitar la concentración indebida de la contratación pública en unas pocas manos, cuestión que atenta contra los postulados de transparencia y economía, además, la entidad está obligada por ley, jurisprudencia y doctrina a garantizar la transparencia y la selección objetiva en todos su procesos contractuales.
3. Es claro el Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera, cuando con radicado N°19001-23-31-000-2002-01577-01(AP), establece que no por tratarse de una excepción a la regla de la convocatoria pública la entidad puede sustraerse a la obligación de cumplir con los principios que rigen la contratación estatal así como los criterios para la selección objetiva teniendo en cuenta que uno de ellos es la experiencia a fin de escoger la propuesta más ventajosa para la entidad que contrata.

DISCUSIÓN

- **Quién debe esclarecer la situación planteada en el caso: ¿La Oficina de Control Interno del INPEC?, La Oficina de Control Interno Disciplinario del INPEC? ¿Un Ente de Control externo como la Contraloría General de la República, o la Fiscalía, o la Procuraduría?**
- **Si Usted fuera quien tiene el caso en su poder, ¿Qué decisión tomar y basado en que normatividad?**

GRACIAS.