

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Referencia Jurisprudencial	001
Tema:	SOBRECOSTOS CONTRATACIÓN PÚBLICA
Fuentes formales:	Constitucion Política Ley 80 de 1993 Ley 610 de 2000 Ley 1474 de 2011
Precedente	Sentencia del 13 de febrero de 2015, Rad. 25000-23-26-000-2002-02204-01 (24.473), Consejo de Estado- Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970392401 (18.293) Sentencia del 11 de diciembre de 2014, Rad. 68001233100020010042501.

i) POSICIÓN JURISPRUDENCIAL ALTAS CORTES:

DEFINICIÓN DE SOBRECOSTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El sobrecosto corresponde al valor que se paga con recursos públicos por la adquisición de bienes, construcción de obras o prestación de servicios, que excede sin justificación alguna el valor de los precios reales del mercado.

De los pronunciamientos jurisprudenciales, pueden extraerse las siguientes reglas, a manera de guía para la detección de sobrecostos:

1.- La contratación con recursos públicos, está sometida a la imperativa regla de la "conmutatividad objetiva", que hace directa relación con el precio y conforme a la cual, la Administración no debe pagar "*ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual*".¹ Por consiguiente, desde la estructuración o planeación del contrato estatal se debe contar con certeza respecto de las obras, servicios y bienes objeto del mismo y del precio que espera recibir el contratista como contraprestación, en términos de su valor real y en las circunstancias concretas.

¹ Sentencia del 13 de febrero de 2015, Rad.25000-23-26-000-2002-02204-01 (24.473), Consejo de Estado- Sección Tercera.

2.- El pacto y pago de un precio sobredimensionado frente a los precios reales del mercado no solo constituye, en los términos de la jurisprudencia administrativa, *"la vulneración de normas imperativas y de orden público"*, sino una fuente de enriquecimiento indebido a costa del patrimonio público. En tal sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado² ha enfatizado en que:

"Como es conocido la contratación es fuente y principal instrumento de ejecución de gasto público y, por ende, medio para asegurar la satisfacción o logro de los fines y cometidos del Estado, razón por la cual se debe evitar que sea usada para obtener un lucro indebido por parte de los particulares a través de la figura de los sobreprecios o sobrecostos en el precio del contrato sin justificación alguna, de manera que se logre el máximo de transparencia, probidad y eficiencia en el manejo de los limitados recursos con que cuentan las entidades para la adquisición de los bienes, obras y servicios... (...)"

Precio de mercado, como se anotó, es el valor usual o común asignado a un bien o a un servicio por el comercio del lugar donde se va a ejecutar el contrato. Por esto, con el fin de detectar mayores valores reprochables y pactados al momento de celebrar el contrato se debe acudir primeramente a una comparación con aquel precio que arroje el mercado y en caso de que lo supere verificar las razones que justifican o explican en forma sensata y razonada esa circunstancia, teniendo en cuenta todas las variables que en él inciden -por ejemplo, el nivel de servicio que se ofrece por parte del distribuidor, infraestructura que se tenga, bonificaciones por volumen de compra, manejo de impuestos, periodos de pagos, entre otros, variables que en términos de comparación se deben de tener en cuenta bajo criterios idénticos entre los oferentes.

(...)

Así pues, el sobrecosto o sobreprecio resulta censurable porque no tiene justificación frente a la realidad del mercado y los análisis de las variables que inciden en los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por la administración y que de concretarse en una adjudicación o contrato se opone a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por ende, a los fines perseguidos con la contratación pública (art. 3º ibid.), dado que representa adquirirlos o pagarlos a precios significativamente superiores a los ofrecidos por otros agentes o distribuidores del mercado, lo cual genera una lesión patrimonial a la entidad, derivada de una gestión contractual irregular que evidencia una omisión en la etapa precontractual, especialmente, en materia de los estudios económicos de la futura contratación

Por consiguiente, si se supera en forma exagerada y sin justificación alguna atendible el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no solo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva (L. 80/93, art. 29), por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnera el patrimonio público, y por esa vía, los principios de transparencia, economía y responsabilidad

² Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970392401 (18.293)



que rigen la contratación pública (arts. 24, 25 y 26 ejusdem). Con todo, se precisa que los sobrecostos que se reprochan, están circunscritos a aquellos que se ofertan y se aceptan en los procesos de selección y luego se pactan como precio al inicio o al nacimiento del contrato y que se presentan como la diferencia injustificada, inusitada y desproporcionada, entre el umbral del precio que fija el mercado y el precio fijado en la propuesta recibida por la entidad estatal y luego convenido en el contrato; por tanto, no se refiere a eventos tales como los mayores gastos e inversiones que por diferentes causas podría soportar un contratista en la ejecución del objeto contractual, y que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal, cuya licitud, reconocimiento o resarcimiento se deben analizar de acuerdo con las circunstancias en que hayan acaecido, según el régimen de responsabilidad y bajo el principio del equilibrio económico del contrato."

DESCRIPCIÓN DEL DAÑO FISCAL- PRUEBA DEL DAÑO POR SOBRECOSTOS EN LA CONTRATACION PUBLICA.

En esencia, se debe probar que con recursos públicos en la adquisición de obras, bienes o se servicios, se pagaron precios superiores a su valor real. Como "no es posible entrar a determinar por vía general la manera cómo deben ser construidos los precios de los contratos", En cada caso particular y concreto se analizarán las circunstancias, "*acuerdo con las diferentes variables y circunstancias específicas y con aplicación de las metodologías técnicas y económicas apropiadas*" a partir de los estudios de mercado y análisis de costos que deben realizar las entidades públicas en forma previa a la apertura del respectivo proceso de contratación.³

Precisamente, en relación con la metodología probatoria del sobrecosto como fuente del daño fiscal, ha considerado la Sección Primera del Consejo de Estado⁴ que:

"...si bien los organismos de control están llamados a considerar los precios del mercado para poder determinar la existencia de posibles sobrecostos en la contratación de obras, bienes o servicios, lo cierto es que en ninguno de esos preceptos se establece que en los procesos de responsabilidad fiscal la tasación del detrimento patrimonial se encuentre sujeta a una ritualidad especial, ni mucho menos aún que su estimación deba efectuarse necesariamente por un perito externo, toda vez que en ese tipo de actuaciones de carácter fiscal rige el principio de libertad probatoria".

³ Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970392401 (18.293)

⁴ Sentencia del 22 de julio de 2010, rad. 05001-23-31-000-2004-06833-01.

¡Vigilemos lo que es de Todos!

+57 (8) 2611167 - 2611169 ☎
despacho.contraloria@contraloriatolima.gov.co ✉
www.contraloriatolima.gov.co 🌐

ii) **CONCEPTOS CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA**

a) **CONCEPTO SOBRECOSTOS EN LA CONTRATACION ESTATAL No. 052-2019-132 del 30 de agosto de 2019⁵.**

CONCLUSIONES PRINCIPALES:

- Deber elemental en la concepción o estructuración de toda adquisición por parte de la Administración, consiste en la determinación del objeto y en la estimación objetiva, cierta y completa del precio a pagar, conforme a unas concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar.
- Desde ese punto de vista, el precio del contrato estatal siempre y en todos los casos, debe estar plenamente justificado. El cumplimiento de los fines de la contratación estatal no puede dar lugar a la obtención de un lucro indebido.
- El sobreprecio desde el punto de vista jurisprudencial, corresponde al precio sobredimensionado que se le paga al contratista y que no tiene justificación frente a la realidad del mercado de los bienes, obras o servicios específicamente contratados en cada caso concreto, con inclusión del análisis de todas las variables que inciden en el costo de los mismos.
- El valor de intercambio por los bienes, obras o servicios que entrega el contratista, no puede constituirse en fuente de enriquecimiento exagerado e injustificado porque en tal caso la percepción del pago conlleva a la generación de un detrimento al patrimonio público.

HECHO GENERADOR DEL DAÑO

El hecho generador del daño por sobrecosto, en general, corresponde a fijar y pagar costos de los bienes, obras o servicios con valores que exceden sin justificación los precios reales de mercado. Este hecho puede tener ocurrencia con motivo de cualquiera de los pagos que se sufraguen con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, bien de los pactados en el contrato original, en las adiciones o en prorrogas o con la indebida aplicación de fórmulas de reajuste.

A modo de tipología de hechos generadores, como causa del sobrecosto pueden citarse en la presencia y/o concurrencia de eventos como los siguientes:

⁵ Concepto Jurídico Sobrecostos en la Contratación Estatal No.052-2019-132 del 30 de agosto de 2019, Contraloría Departamental del Tolima.

- La elaboración de estudios de mercado y/o estimación de precios, erróneos y/o sin soportes objetivos y/o alejados de la realidad del mercado que, por tanto, conducen a pactar y a pagar un valor del precio contractual sobredimensionado frente al precio real, incluidas todas las variables que objetivamente inciden en la determinación de los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por la administración; y bajo unas mismas condiciones de tiempo, modo y lugar.
- La contratación sin cumplir con el deber de consultar previamente los precios del mercado y, como consecuencia de ello, pactar y pagar un valor injustificadamente superior y en las condiciones anotadas.
- La Recepción de bienes, obras o servicios y autorización de pagos por los mismos, con un valor sobredimensionado frente a su valor real.
- Entrega de bienes, obras o servicios y facturación sobre los mismos, que conlleva a que su pago exceda sin justificación su valor real en el mercado.
- En síntesis, el hecho generador se evidencia en la planeación y/o el acuerdo y/o la autorización y/o la facturación y el consecuente pago de un precio sobredimensionado e injustificado frente a la realidad del mercado.

b) CONCEPTO No. 010 DEL 16 de Junio de 2020, PROCEDIMIENTO PARA EL ANALISIS DE PRESUNTOS SOBRECOSTOS EN CONTRATOS ESTATALES⁶

La determinación, entonces, de los precios de mercado con los cuales ha de adelantarse la contrastación de los precios contratados debe identificar, cuantificar e incorporar los costos de transacción asociados no solo al sistema de compras públicas, sino a las condiciones de adquisición planteadas en el marco de cada contrato suscrito y susceptible de ser auditado. En atención a las consideraciones previas, es posible establecer algunos lineamientos generales, que pueden ser usados como pautas en el proceso auditor:

- i) Identificación y cuantificación de tasas, contribuciones u otros gastos indispensables para la legalización y ejecución del contrato, que versen sobre condiciones especiales de la entidad contratante y que difieran de las condiciones de adquisición en mercados particulares.

⁶ Concepto jurídico No. 019 del 16 de junio de 2020, Procedimiento para el análisis de presuntos Sobrecostos en Contratos Estatales, Contraloría Departamental del Tolima,

- ii) Definición de actividades y/o procedimientos especiales establecidos para la ejecución del contrato. Cuantificación monetaria de estas actividades adicionales o complementarias al suministro del bien o la prestación del servicio (embalaje, almacenaje, transporte, logística, distribución, etc.)
- iii) Determinación de los precios unitarios asociados a cada uno de los bienes o servicios contratados, en condiciones generales del mercado. Uso de instrumentos estadísticos para la construcción de un estudio de mercado ajustado a la coyuntura en la que se desarrolló el proceso de contratación.
- iv) Cuantificación unitaria de los costos de transacción adicionales en los que debe incurrir el contratista para el suministro de los bienes o la prestación del servicio en las condiciones establecidas por la entidad contratante, de acuerdo con las variables definidas en i y ii.
- v) Consolidación de los precios objetivos de mercado (iii + iv) para realizar el proceso de contrastación con los precios contratados

Ahora bien, surge una situación que debe ser contemplada en materia operativa en el momento de realización de la auditoría y que imperativamente requiere retrotraer el análisis económico al periodo de tiempo en el que se desarrolló el contrato, por cuanto las dinámicas económicas se encuentran afectadas por variables coyunturales que generan fluctuaciones en las condiciones de mercado por lo tanto, no es objetivo ni correcto, pretender realizar comparaciones de precios contratados en un periodo anterior con base en el cálculo de precios de mercado en condiciones actuales, por lo tanto se establecen dos posibilidades procedimentales para garantizar la objetividad y veracidad de los precios de mercado, a partir de los cuales han de compararse los valores contratados en cada dinámica de auditoría:

- Solicitud de cotizaciones con precios para el mes en que se suscribió el contrato, procurando que los valores consignados en dichas cotizaciones, cuenten con algún tipo de soporte que permita verificar que en efecto corresponden a la coyuntura de la época de los hechos contractuales.
- Uso de bases de datos en las que se contengan precios de mercado de los bienes/servicios sujetos del proceso de contratación, no obstante, los mismos deberán ser ajustados y actualizados al periodo de suscripción del contrato, esto significa que deben contemplarse las variables macroeconómicas que se encontraban vigentes durante el periodo de la adquisición, para lo cual se incorporará como variable de incorporación macroeconómica la media geométrica de la inflación efectiva, el índice de precios al consumidor y la variación de la TRM, para el mes en el que se suscribió el respectivo contrato. Sobre cada uno de los valores determinados a partir de los dos métodos propuestos en literales previos, se incorporarán los costos adicionales asociados al contrato, para definir así los precios de mercado a implementar con sustento en las fórmulas que a continuación se presentan.

CALCULO DEL MARGEN DE SOBRECOSTOS

Una vez determinados los precios de mercado para el bien o servicio contratado, contemplando todos y cada uno de los elementos adicionales, complementarios o conexos enmarcados en el proceso de contratación, se procede a la determinación de los márgenes de variación absoluta y relativa de los precios contratados versus los precitados valores de mercado, con apego a la siguiente metodología:

A. VARIACIÓN ABSOLUTA⁷:

El presunto sobrecosto estimado mediante la variación absoluta se define como la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio promedio del mercado y se define mediante la siguiente fórmula:

$$VA_{ijt} = PC_{ijt} - \overline{PM}_{ijt}$$

$$\begin{aligned} i &= \text{Bien o Servicio} \\ j &= \text{Ciudad o Municipio} \\ t &= \text{tiempo} \end{aligned}$$

VA_{ijt} = Variación absoluta del bien o servicio i, en la ciudad o municipio j, en el momento t.
PC_{ijt} = Precio contratado del bien o servicio i, en la ciudad o municipio j, en el momento t.
PM_{ijt} = Precio promedio de cotización en el mercado del bien o servicio i, en la ciudad o municipio j, en el momento t. Este precio, debe tomarse en la ciudad de referencia donde se tranzó el contrato. En este sentido el Precio Promedio se define como:

$$\overline{PM}_{ijt} = \frac{PM1_{ijt} + PM2_{ijt} + \dots + PMn_{ijt}}{n}$$

B. VARIACIÓN RELATIVA⁸

Por su parte, el cálculo del presunto sobrecosto por el método del valor relativo es el porcentaje que se pagó de más en el contrato y se define mediante la siguiente fórmula:

⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Metodología para el Análisis de Presuntos Sobrecostos en la Contratación Pública

⁸ Ibid



$$VR_{ijt} = \frac{PC_{ijt} - \overline{PM}_{ijt}}{\overline{PM}_{ijt}}$$

i = Bien o Servicio
 j = Ciudad o Municipio
 t = tiempo

VR_{ijt} = variación relativa del bien o servicio i en el momento t .
 PC_{ijt} = Precio contratado del bien o servicio i , en la ciudad o municipio j , en el momento t .
 $\overline{PM}_{ijt}$ = Precio promedio de cotización en el mercado del bien o servicio i , en la ciudad o municipio j , en el momento t . Este precio, debe tomarse en la ciudad de referencia donde se tranzó el contrato. En este sentido el Precio Promedio se define como:

$$\overline{PM}_{ijt} = \frac{PM1_{ijt} + PM2_{ijt} + \dots + PMn_{ijt}}{n}$$

Finalmente se indica que la metodología planteada en el presente documento es complementaria a las disposiciones del concepto No. 052 - 2019 - 132 del 30 de agosto de 2020 suscrito por la Dirección Técnica Jurídica de la Entidad, abordando y parametrizando algunos procedimientos específicos respecto a la reconstrucción de los precios del mercado con los cuales ha de llevarse a cabo la comparación objetiva de los contratos sobre los que existe presunción de sobrecostos tomando en consideración las variables de modo, tiempo y lugar establecidas por la Contraloría General de la República para el cálculo y determinación de la magnitud del sobrecosto en contratos estatales.

Atentamente,

Original firmado

FRANCISCO JOSÉ ESPÍN ACOSTA
Director Técnico Jurídico

Revisó	Francisco José Espín Acosta	Director Técnico Jurídico	
Proyectó	Laura Maritza Moreno Silva	Abogada contratista	