



Radicado No. 20211300029333

30-04-2021

Página 1 de 5



La educación  
es de todos

Mineducación

## COMUNICACIÓN INTERNA

**PARA:** **MÓNICA PATRICIA OSPINA LONDOÑO**  
Directora General

**COMITÉ INSTITUCIONAL DE CONTROL INTERNO**

**HANS RONALD NIÑO GARCÍA**  
Subdirector de Abastecimiento y Servicios Generales

**DE:** **JEFE OFICINA DE CONTROL INTERNO**

**ASUNTO:** **Alcance Informe Final de Auditoría a la Gestión Contractual 2020**

Respetados líderes:

En relación con el proceso auditor efectuado a la Gestión Contractual del Instituto en la vigencia 2020, se informa que las siguientes No Conformidades se retiran del Informe Final de Auditoría, una vez presentadas en las sesiones Nos. 1 y 3 de 2021 del Comité Institucional de Coordinación de Control Interno.

- **CONTRATO 503 de 2019 - FAMOC DEPANEL-ARRENDAMIENTO**

**NC29**

A folios 31 a 33 del expediente contractual se evidencia el documento de Oferta Comercial, del 4 de julio de 2019, dirigida a la Secretaría General del Icfes, para el arrendamiento del inmueble para la sede del Icfes, suscrito por el señor JORGE SERRANO IZASA, Gerente Servicio y Postventa de la firma FAMOC DEPANEL. En el Certificado de Existencia y representación legal expedido el 29-07-2019 ( folios 23-27) página 6, literal c) del parágrafo (final de la página) se autoriza como facultad para el segundo suplente del representante legal, correspondiéndole a MARISOL SUAREZ VILLANUEVA, la siguiente atribución: "(...) Se autoriza suscribir ofertas comerciales sobre los bienes y servicios ofrecidos por FAMOC DEPANEL S.A., esta autorización cubre tanto ofertas como licitaciones públicas y concursos en entidades estatales mixtas o privadas de orden nacional o internacional." Se autoriza celebrar contratos, convenios, acuerdos comerciales y cualquier acto jurídico generador de derechos y obligaciones". Tal como lo indica el certificado de existencia y representación legal, esta facultad estaba asignada a la segunda suplente del representante legal, quien suscribió el contrato y no al Gerente de Servicio y Posventa de la firma Comercial quien suscribió la oferta comercial. Lo anterior evidencia el incumplimiento a la siguiente norma del Acuerdo 002 de 2019: "Literal m), artículo 2. Principios que rigen la actividad contractual de la entidad. El Icfes, en el desarrollo de la actividad contractual, atenderá los principios de la función administrativa...así como los siguientes: Principio de Legalidad: "El Icfes en el trámite de los procedimientos contractuales, deberá ceñirse a las normas y principios jurídicos encaminados a seleccionar objetivamente al contratista, y que, en tratándose de procesos y mecanismos de selección, implican que sea una actividad reglada de la Administración en la que no tiene cabida la discrecionalidad absoluta. Además, el Icfes propenderá porque los contratos estatales se rijan por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes,



Radicado No. 20211300029333

30-04-2021

Página 2 de 5



La educación  
es de todos

Mineducación

*de tal forma que se permita el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el cumplimiento de los fines estatales. El principio de legalidad es presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus manifestaciones (precontractual y contractual) y se concreta en el postulado según el cual dicha actuación administrativa debe estar conforme con el ordenamiento jurídico."*

#### **Análisis de las Objeciones planteadas:**

Mediante radicado No. No. 20202300056583 del 06-11-2020 la Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales da respuesta al informe preliminar de auditoría a la Gestión Contractual, en los siguientes términos:

*"No se acepta la observación por las siguientes razones:*

*El artículo 845 del Código de Comercio consagra: "La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra deberá contener los elementos esenciales del negocio y deberá ser comunicada al destinatario", en este orden de ideas la oferta presentada y visible a folio 31-33 puede ser suscrita por cualquier persona de una empresa toda vez que es un proyecto que no genera ninguna obligación y no necesita requisitos de validez y capacidad de la persona quien la suscribe.*

*Por otra parte, la oferta al ser aceptada conduce a la suscripción de un contrato, que para el caso que nos ocupa, es el que debe cumplir con los requisitos necesarios para surgir a vida jurídica, como lo son voluntad y capacidad de las partes, que, para este caso, se cumplieron a cabalidad, al ser suscrito y ratificado por los representantes legales de las partes contratantes.*

*Por lo tanto, no se acepta la no conformidad toda vez que se evidencia el cumplimiento del literal m), del art 2, del acuerdo 002 del 2019, toda vez que es el contrato es suscrito por la suplente del contratista quien tiene la capacidad legal para suscribir de conformidad con lo señalado por la cámara de comercio cumpliendo así el presupuesto de validez de la actuación contractual"*

Analizadas las objeciones presentadas por la Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales, se mantiene la No Conformidad, ya que el certificado de la Cámara de Comercio expedido por el contratista como presupuesto de validez de la configuración estatutaria comercial para de la empresa es claro y preciso en determinar las facultades asignadas para cada uno de los que la componen, como fue la facultad para suscribir la oferta comercial que estaba diferida a la segunda suplente del representante legal: "se autoriza como facultad para el segundo suplente del representante legal, correspondiéndole a MARISOL SUAREZ VILLANUEVA, la siguiente atribución: " (...) Se autoriza suscribir ofertas comerciales sobre los bienes y servicios ofrecidos por FAMOC DEPANEL S.A.,". Ahora, si bien el Código de Comercio define lo que es la oferta comercial que se formula "por una persona" no significa según la interpretación realizada, que pueda ser suscrita por cualquier persona, pues como en el presente caso es claro que estatutariamente conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio, el Gerente de Servicio de la firma comercial no estaba facultado para suscribir la oferta.

Dado lo anterior, no se aceptan las observaciones y se mantiene la No Conformidad, sin embargo, teniendo en cuenta que se mantienen discrepancias entre el grupo auditor y los auditados, es necesario acudir al Comité Institucional de Coordinación de Control Interno quién de acuerdo con el literal e) del artículo sexto de la Resolución 356 de 2017 servirá de instancia para resolver las diferencias que surjan en desarrollo del ejercicio de auditoría interna. No obstante, se precisa que en la reunión de cierre de auditoría se estableció como compromiso la consulta de esta situación ante la Oficina Asesora Jurídica del Instituto; por tal motivo, una vez se tenga concepto y la respectiva decisión del Comité se emitirá alcance al presente informe.

En sesión No 1 de 2021 del Comité Institucional de Coordinación de Control se presentó el Concepto de la Oficina Asesora Jurídica que dispone:

En consideración al caso expuesto, se advierte que el motivo de la solicitud del concepto recae en establecer la existencia de un posible problema jurídico, por cuanto de la auditoría practicada se evidenció a folios 31 a 33 del expediente contractual, que el documento de Oferta Comercial, del 4 de julio de 2019, dirigida a la Secretaría General del Icfes, para el arrendamiento del inmueble para la sede del Icfes, fue suscrito por el señor JORGE SERRANO IZASA, Gerente Servicio y Postventa de la firma FAMOC DEPANEL, no obstante el Certificado de Existencia y representación legal expedido el 29-07-2019 ( folios 23-27) página 6, literal c) del parágrafo (final de la página) se autoriza como facultad para el segundo suplente del representante legal, correspondiéndole a MARISOL SUAREZ VILLANUEVA, la siguiente atribución: " (...) Se autoriza suscribir



Radicado No. 20211300029333

30-04-2021

Página 3 de 5



La educación  
es de todos

Mineducación

*ofertas comerciales sobre los bienes y servicios ofrecidos por FAMOC DEPANEL S.A., esta autorización cubre tanto ofertas como licitaciones públicas y concursos en entidades estatales mixtas o privadas de orden nacional o internacional." Se autoriza celebrar contratos, convenios, acuerdos comerciales y cualquier acto jurídico generador de derechos y obligaciones".*

Se encuentra entonces la existencia de varios problemas jurídicos a resolver: 1. Si la oferta pierde validez por ser signada por una persona no autorizada según el certificado de existencia y representación legal; 2. Si esta falencia es subsanable al considerar si se trata de un requisito de verificación o calificación y 3. La inobservancia del principio de legalidad.

Para resolver el cuestionamiento planteado, sea lo primero advertir que el principio de legalidad en materia contractual implica que los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas y que intervengan en la actividad contractual del Estado, sin importar su régimen legal, sólo PUEDAN y DEBAN ejercer las funciones y competencias que les han sido asignadas, en el marco de la normatividad vigente.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido amplia en desarrollo del artículo 6° superior, al reiterar que las actuaciones del Estado, entre las que se encuentra la contratación, se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Para las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, el personal responsable de desarrollar la actividad contractual, debe conocer y acatar la regulación legal y reglamentaria, siempre en el marco de los principios constitucionales que la orientan.

De otro lado, es necesario traer a escena el principio de la buena fe, establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, respecto del cual, la Corte Constitucional en sentencia 1194 de 2008, insistió en que esta disposición precisa: (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas.

En relación con la aplicación del principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la Corte Constitucional en sentencia T-209 de 2006 reiteró su carácter como pilar fundante de la validez de los actos y su significado como el compromiso de la lealtad y fidelidad en el comportamiento mutuo entre las partes.

Por otra parte, la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario, de donde se entiende que la oferta es una declaración recepticia de voluntad, sí y solo sí, cuando logre reunir los requisitos que la configuren como tal, sin que pueda confundirse con la promesa de contrato.

En lo concerniente a las características de la oferta, la doctrina ha precisado las siguientes: 1. La formulación o iniciativa; 2. La parte que ofrece; 3. Los elementos esenciales del proyecto de contrato; 4. La comunicación; 5. La irrevocabilidad; y 6. La obligatoriedad. Frente a lo expuesto, es necesario señalar que existen reglas de subsanabilidad que deben cumplirse de manera obligatoria si así se requiere, dado que los meros defectos formales que no afecten sustancialmente la validez de la oferta no provocan su rechazo.

Al respecto, la Ley 1150 de 2007, art. 5 parágrafo 1°. señala: "(...) **la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.** (...)", por lo tanto, la subsanabilidad se aplica igualmente a requisitos de verificación como de calificación, pues ambos constituyen los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y son necesarios para la comparación de ofertas y, con relación al sujeto encargado de solicitar la subsanación de estos documentos, la norma en cita establece que aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, **podrán** ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. Valga destacar que esa



facultad es potestativa en virtud del verbo rector utilizado, sin que se prevean consecuencias jurídicas para la parte contratante que así no lo hiciera; por lo tanto, se considera que de no subsanarse tales requerimientos no se afectaría en nada el proceso de selección, ya que la evaluación permanecería sin variaciones, precisamente, por tratarse de un requisito no sustancial.

Conforme a lo expuesto, es preciso señalar de manera inicial que las fechas relacionadas en el escrito de consulta presentan una leve inconsistencia, y es que se indica que la oferta comercial es del 4 de julio de 2019 pero el certificado de existencia y representación data del 27 del mismo mes año, desconociendo esta Oficina Asesora si, para la fecha de presentación de la oferta, el señor SERRANOIZASA se encontraba facultado para la suscripción del documento, dado que no se cuenta para este estudio con el certificado de existencia y representación de la fecha de la oferta.

En este orden y, ante la ausencia del precitado documento, esto es, el certificado de existencia y representación legal, no puede afirmarse que para esa data quien suscribió el documento no era el funcionario facultado para tal efecto, por lo que es necesario acudir al contenido de la buena fe, la cual debe presumirse en las actuaciones, mientras que la mala fe debe probarse. Con relación a esta última, si se parte de la existencia de la mala fe, deberá acreditarse que, entre otros aspectos que existía un interés ilícito por parte de quien suscribió el documento y quien omitió solicitar la claridad o verificación del mismo.

Ahora, en un segundo escenario, esto es, si se contara con el certificado de existencia y representación legal de la fecha de emisión de la oferta donde se indicara que el señor SERRANO ISAZA no era la persona autorizada para presentar la oferta, se considera que la supuesta irregularidad no afecta el proceso en el entendido que al ser una contratación directa la misma fue subsanada en la firma del contrato por la persona autorizada para tal efecto, sin que se evidencie detrimento a la función pública o menoscabo a los intereses de esta.

Para finalizar, no se advierte la inobservancia al principio de legalidad, dado que, al no considerarse la firma del documento como requisito de validación o calificación ya que la contratación fue directa, tal inconsistencia, si así ha de considerarse, fue subsanada con aceptación y posterior la suscripción del contrato por parte de quien se encontraba autorizada acorde al certificado obrante en la carpeta respectiva.

De acuerdo con lo deliberado en el Comité Institucional de Coordinación de Control Interno y como consta en el acta del Comité celebrado el día 25 de enero de 2021, **la No Conformidad, se retira del informe final.**

- **CONTRATO 327 DE 2018 - UNIÓN TEMPORAL DATA**

**NC31**

El valor del contrato \$320.229.000 es superior al presupuestado en el Plan Anual de Adquisiciones de la vigencia 2018, toda vez que, en dicho plan, se registra un presupuesto asignado por \$265.182.474 en el rubro: "Contratar los servicios para proveer 14.574 memorias USB, cargue y descargue de la información en la prueba PISA Estudio principal". Lo anterior evidencia incumplimiento a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.21.1.1.4.4. el cual refiere: "...La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos; (ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; (iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones."

**Análisis de las Objeciones Planteadas:** Mediante radicado No. 20202300056583 del 6 de noviembre de 2020 la Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales manifestó: "No se acepta la No conformidad en atención a la respuesta dada en la No conformidad No 30, además de acuerdo con lo estipulado en el acuerdo 006 del 2015 artículo 6 se realizó la aprobación del incremento presupuestal en el recurso de la línea 369 mediante comunicación interna con radicado No. 20182400008473 del 01 de febrero de 2018 cumpliendo así la normatividad aplicable para el presente contrato. Por lo expuesto, no se comparte la opinión del equipo auditor, y se solicita el retiro de la no conformidad."

De acuerdo con la respuesta dada por el proceso, en cuanto a la actualización del Plan de Adquisiciones de la Entidad, es importante resaltar que la misma no presenta un argumento de fondo que permita desvirtuar el



Radicado No. 20211300029333

30-04-2021

Página 5 de 5



La educación  
es de todos

Mineducación

incumplimiento de la normatividad que obliga a la Entidades Estatales, definidas en la Decreto 1082 de 2015, de actualizar dicho instrumento. Por consiguiente, cabe mencionar que el deber de actualizar el PAA, por lo menos una vez al año, es de obligatorio cumplimiento. Al respecto, el concepto C-310 de Colombia Compra Eficiente señala: *“Con el deber de actualizar el plan, una vez al año, cuando menos, implícitamente se señala que el contenido inicial no es rígido, ni inmodificable y, en consecuencia, por la misma dinámica de la actividad contractual de la Administración, estos datos son susceptibles de modificación. Además, la norma no limita la actualización del plan a un tope máximo, pero estableció un número mínimo, pues indicó que deben actualizarlo, por lo menos, una vez durante su vigencia”.*

En el mismo sentido, se debe mencionar que, en el marco del principio de planeación, previo al inicio de cada vigencia, las entidades deben realizar estudios que permitan definir la cuantía estimada de las necesidades contractuales a ejecutar y de esta manera incluir en la elaboración del PAA el valor estimado de cada bien o servicio. Dicho valor no tiene que ser exacto, sin embargo, llama la atención el hecho de que valores contratados superen de forma exagerada a los valores estimados inicialmente en el PAA, esto debido a que un buen ejercicio de planeación debe aproximar los valores estimados a los contratados, siendo por lo general, el primer valor, mayor al segundo. Al respecto, el concepto C-310 menciona: *“No es necesario que exista identidad entre el valor señalado en el plan y el monto por el cual, finalmente, se suscribe el contrato. En efecto, el artículo 2.2.1.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015 establece que el valor del contrato incluido en el plan es «estimado». Además de lo anterior, lo usual es que luego de realizado el procedimiento de selección, el valor estimado definido por la entidad disminuya, de acuerdo a los ofrecimientos realizados por los proponentes, y será por dicho valor que finalmente se suscriba el contrato.”*

En conclusión, podemos afirmar que si bien el Instituto no estaba obligado a contratar por el valor exacto que fue proyectado en el PAA, si se encontraba en la obligación de actualizar el PAA para incluir el nuevo valor que tendría el contrato, máxime cuando el valor inicialmente proyectado se diferencia en un 20% respecto al valor finalmente ejecutado, lo anterior con fundamento en el decreto 1082 de 2015 el cual menciona: *“La Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones cuando: (i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos.”* Así mismo, en el Plan Anual de Adquisiciones, publicado en la página web de Instituto, la línea 369 no corresponde a la contratación de servicios para proveer memorias USB, como se informa en la respuesta.

Dado lo anterior, no se aceptan las observaciones y se mantiene la No Conformidad, sin embargo, teniendo en cuenta que se mantienen discrepancias entre el grupo auditor y los auditados, es necesario acudir al Comité Institucional de Coordinación de Control Interno quién de acuerdo con el literal e) del artículo sexto de la Resolución 356 de 2017 servirá de instancia para resolver las diferencias que surjan en desarrollo del ejercicio de auditoría interna. Por tal motivo, una vez se tenga su decisión se emitirá alcance al presente informe.

De acuerdo con lo deliberado en el Comité Institucional de Coordinación de Control Interno y como consta en las actas de este Comité celebrado los días 25 de enero y 22 de abril de 2021, **la No Conformidad, se retira del informe final.**

Cordialmente,

**ADRIANA BELLO CORTÉS**  
Jefe Oficina de Control Interno