



RECOMENDACIONES
PARA LA ELABORACIÓN
DE ESTUDIOS PREVIOS

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO
DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO
Viceprocuradora General de la Nación

JOSÉ PABLO SANTAMARÍA PATIÑO
Secretario General

MARIA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ
Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS-
Aplicación del Principio de Planeación en la contratación de las Entidades Públicas

Programa de Apoyo al Fortalecimiento Institucional de la Procuraduría General de la Nación
Todos los derechos reservados

Autor y elaboración:
MARIA LORENA CUELLAR CRUZ

Corrección
GILBERTO BARRIOS ARTETA

Diseño Gráfico
ADRIANA PONTÓN BARBOSA

Impresión
PUBLICULTURAL S.A.
Bogotá, Abril de 2010

ISBN 978-958-98665-5-9

PRESENTACIÓN

En el cumplimiento de sus funciones misionales, la Procuraduría General de la Nación ha encontrado que uno de los aspectos más relevantes de la gestión de las entidades públicas, por su incidencia directa en el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales que le son asignadas y en la inversión y correcto manejo de los recursos públicos, es el desarrollo de la gestión contractual.



Las faltas disciplinarias cometidas en esta materia devienen, entre otros factores, de la inaplicación del principio de planeación, que es la concreción de los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, como guías fundamentales de la función pública.

“Planear antes de ejecutar” es una frase que pareciera resumir el objeto de los principios enunciados.

El tiempo que las entidades públicas invierten en determinar sus necesidades, analizar los mecanismos más idóneos para satisfacerlas y las condiciones en las cuales realizarán las contrataciones requeridas, todo ello dentro del marco legal, es una inversión a largo plazo para obtener bienes, servicios y obras de primera calidad, de forma oportuna y con el mejor precio del mercado.

Por lo expuesto, atendiendo la importancia de surtir la etapa previa de la contratación estatal de forma completa, lógica y responsable, la Procuraduría General de la Nación, a través del trabajo incesante de sus servidores, ha dado lineamientos generales sobre el particular, que la presente publicación se encarga de sintetizar.

Podría decirse que, las recomendaciones generales aquí plasmadas, buscan no solo facilitar el trabajo de los ordenadores de gasto de las entidades públicas o de las áreas que participan en el proceso de contratación, sino además, aspira a evitar prácticas indebidas, revocatoria de los actos administrativos de apertura de las convocatorias, declaratoria de desierto de los procesos y el fracaso en la ejecución de los contratos estatales.



Desde luego, también pretende impedir la comisión de faltas disciplinarias, brindando una herramienta que le permita a los servidores públicos y a los particulares que manejan recursos públicos, visualizar el alcance del principio de planeación dentro de la actividad contractual que desarrollan.

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

PRESENTACIÓN

Dentro del plan estratégico de la entidad, se ha contemplado la lucha contra la corrupción como una de las principales metas de gestión.

En tal medida, la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de las funciones preventivas establecidas en el artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, ha diseñado estrategias orientadas a brindar a los diferentes entes públicos, herramientas que optimicen la actividad contractual que desarrollan.

Dicha actividad involucra la inversión de cuantiosos recursos y permite la ejecución exitosa de los planes y programas que adelantan las entidades del Estado, para cumplir con sus funciones legales, por lo cual, debe ser objeto de especial acompañamiento por parte de los organismos de control.

Por ello, atendiendo la experiencia adquirida en el desarrollo de investigaciones disciplinarias, de actuaciones preventivas y en la actividad contractual de la Procuraduría, se ha elaborado un documento que sintetiza las recomendaciones para el desarrollo de procesos de contratación y para la celebración de contratos estatales.

En este documento, no solo se hace mención a los diferentes requisitos de orden legal que deben atender las dependencias encargadas de surtir cada una de las etapas de la gestión contractual, sino que se efectúan sugerencias prácticas para abordar algunos temas relacionados con la elaboración de los estudios previos.

MARÍA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ

Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública



AGRADECIMIENTOS



A los servidores de las áreas de apoyo de la Procuraduría General de la Nación, Oficina Jurídica, Oficina de Sistemas, Grupos de la División Administrativa, Grupos de la División Financiera, Grupos de la División de Gestión Humana, Grupo del Programa de Modernización y Oficina de Prensa, porque en la dinámica del trabajo en equipo, me permitieron vislumbrar el alcance del principio de planeación desde las diferentes áreas del conocimiento y contribuyeron desde su competencia, a la elaboración del presente documento.

A los doctores María Cristina Figueredo Báez, Hilda Nydia Beltrán, Biviana Aguillón, Luz Mónica Martínez, Fernando Aguirre, Luis Carlos Granados, Martha Lucía Ramírez, Diana Patricia Giraldo, Mario Galvis, James Hares Chaid Franco, Claudia Carreño, César Duarte, Marisol España y Javier Betancourt, y a los compañeros de la Oficina Jurídica y de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, por sus aportes al documento y por su conducta ejemplar y comprometida que me motivan en mi trabajo diario.

MARIA LORENA CUELLAR

RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS



La planeación, entendida como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto, es pilar de la contratación estatal.

El Estado, al contratar bienes y servicios para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales, no solamente invierte los recursos públicos, sino que genera empleo y desarrollo en todos los niveles y sectores de la economía.

De allí la importancia de que esta actividad contractual sea el fruto de la planeación, el control y el seguimiento por parte de los servidores públicos.

La etapa precontractual, es decir, la que antecede cualquier contratación, determina, en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban.

Como se verá a lo largo del presente documento, planear, en materia de contratación estatal, implica no sólo contar con un plan que consolide y priorice las adquisiciones de la entidad, con fundamento en las necesidades técnicamente diagnosticadas, sino que exige la realización de una serie de estudios y análisis orientados a establecer mecanismos económicos, transparentes y adecuados para satisfacer dichas necesidades.



El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 31 de agosto de 2006, Radicación R- 7664, se refirió también al principio de planeación en la contratación estatal, planteando lo siguiente:

“...Al respecto conviene reiterar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual 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 haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.

iv) Los costos, 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...”.

La Procuraduría General de la Nación, frente al alcance del principio de planeación, se ha referido en los siguientes términos¹:

*“...El principio de **planeación** es una manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta disposición.*

El principio de planeación busca garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación; en

¹ Fallo de segunda instancia de 12 de septiembre de 2008, proferido por la Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Radicación N° 120-2216-2006.

consecuencia, en virtud de este principio, cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica (...).

(...) La finalidad de las exigencias contenidas en los numerales 7 y 12 citados es que las entidades estatales, con antelación a la apertura del proceso de selección, o a la celebración del contrato, según el caso, tengan previamente definida la conveniencia del objeto a contratar, la cual la reflejan los respectivos estudios (técnicos, jurídicos o financieros) que les permitan racionalizar el gasto público y evitar la improvisación, de modo que, a partir de ellos, sea posible elaborar procedimientos claros y seguros que en el futuro no sean cuestionados. Su observancia resulta de suma importancia, en la medida que el desarrollo de una adecuada planeación permite proteger los recursos del patrimonio público, que se ejecutarán por medio de la celebración de los diferentes contratos”.



La planeación, por tanto, sin importar el régimen contractual al cual esté sometida una entidad pública, tiene dos expresiones normativas claras: la elaboración del plan de compras y el desarrollo de los estudios previos.

El plan de compras fue definido por el artículo 1° del Acuerdo N° 04 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, como *“el Plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública de las entidades y particulares que manejan recursos públicos, independientemente del rubro presupuestal que se afecte, ya sea de funcionamiento o de inversión”.*

Resulta, entonces, que el Plan de Compras es el reflejo de las necesidades de las entidades públicas que se priorizan de acuerdo con el presupuesto asignado para cada vigencia y que se traducen en la contratación de bienes y servicios. En este sentido, es el mapa de navegación de la actividad contractual.

Una vez elaborado dicho plan de compras se debe iniciar la preparación de los estudios previos de las contrataciones a realizar.

Esta etapa previa exige el esfuerzo coordinado de las áreas administrativas y misionales del contratante, con el fin de establecer con precisión qué se va a contratar, en qué modalidad, qué riesgos asume la entidad en la contratación, cómo se pueden aminorar esos riesgos y demás aspectos que permitan que se satisfaga al mejor precio, en el menor tiempo posible y con la más alta calidad, las necesidades establecidas.



IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA PLANEACIÓN

Antes de iniciar cualquier trámite encaminado a la suscripción de un contrato o al adelantamiento de un proceso de selección contractual se debe verificar que la satisfacción de la necesidad se encuentre incluida o se incluya en el Plan de Compras institucional y que, por tanto, se cuente o se efectúen los trámites de ley para contar con el presupuesto que ampare la contratación.

Después de esta verificación, que puede involucrar un ajuste al plan de compras, incluyendo el nuevo requerimiento, con las connotaciones presupuestales de rigor, la entidad pública contratante debe proceder a elaborar los estudios previos.

Lo ideal es que el plan de compras no sufra ajustes después de su aprobación. De ahí la importancia de elaborarlo con la debida antelación y una vez efectuado el correspondiente análisis institucional.



DE LOS ESTUDIOS PREVIOS Y OTRAS RECOMENDACIONES PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El concepto de estudios previos fue esbozado de forma general en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, haciendo referencia a ellos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

Posteriormente, el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002 definió los estudios previos como aquellos encaminados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación, determinar las especificaciones técnicas y el valor del bien o servicio, y analizar los riesgos en los que incurrirá la entidad al contratar.

El Decreto 2474 de 2008, que reglamentó la Ley 1150 de 2007, definió los estudios previos como el conjunto de documentos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que se propone, ordenando ponerlos a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones.

Esta definición debe interpretarse de forma integral, frente a las disposiciones ya enunciadas de la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública, por lo cual debe entenderse como estudios previos aquellos análisis, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije, en cualquiera de las modalidades que señala la ley o el manual interno que se aplique, en el caso de las entidades no gobernadas por el Estatuto².

El Decreto 2474 de 2008 estableció el contenido mínimo de los estudios previos de la siguiente manera:

- “...1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*
- 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato,*



² Concepto 80112- EE54389 de septiembre 4 de 2008. Oficina Jurídica, Contraloría General de la República. “El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 expresamente consagra que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, los diseños, los proyectos requeridos y los pliegos de condiciones. Nótese que la norma no distingue sobre la naturaleza del objeto a contratar como tampoco su cuantía para efectos de cumplir con el requisito de la elaboración de los estudios previos, salvo las excepciones expresamente señaladas en la misma ley relacionadas con la urgencia manifiesta, en los demás casos éstos deberán efectuarse. El sentido de este requisito es identificar técnica y económicamente el objeto del futuro contrato. Desde el punto de vista técnico se requerirá realizar los estudios a que haya lugar para establecer las especificaciones de los bienes, servicios u obra pública a contratar. Desde el punto de vista económico, será necesario establecer el valor del objeto que se pretende contratar”.

indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados con el mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquéllos. En el caso del concurso de méritos, no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

6. El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquéllas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular...”.

De conformidad con la normatividad vigente, estos aspectos mínimos deberán ser complementados con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección que consagra la Ley 1150 de 2007.

La Procuraduría General de la Nación recomienda a todas aquellas entidades, con régimen de contratación distinto al planteado en el estatuto actual, determinar los procedimientos y requisitos generales y específicos que deben cumplirse de forma previa a la contratación.

Dentro de los estudios previos también deben incluirse los aspectos contractuales exigidos por las normas civiles y comerciales, como el caso de la compraventa de inmuebles o muebles sujetos a registro, o por legislaciones especiales, como la ambiental.



No obstante, el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008 permite el ajuste del contenido de los estudios previos con posterioridad a la apertura del proceso de selección, atendiendo los principios de la contratación estatal y de la administración pública, no es aconsejable que una entidad estatal, sea cual sea su régimen contractual o la función legal que cumpla, disponga la apertura de un proceso de contratación o contrate sin haber analizado de forma detallada todas las exigencias legales, técnicas, económicas y financieras del caso.

Por ello es recomendable que las entidades públicas establezcan, de forma clara, tanto los procedimientos internos de planeación de la contratación, en consonancia con las normas citadas, como los responsables de ejecutarlos, con el fin de garantizar no sólo el éxito de los procesos de selección, sino el resultado satisfactorio de los contratos. Esto no sólo permite que el Estado cumpla con sus fines esenciales, sino que garantiza que lo haga de forma oportuna y sin mayores costos.

El Decreto 2474 de 2008, al prever la posibilidad de la modificación del documento de estudios previos, también contempló la alternativa de que cuando los cambios impliquen variaciones fundamentales en el pliego de condiciones de los procesos de selección iniciados, en aras de proteger el interés público o social, se revoque el acto de apertura, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

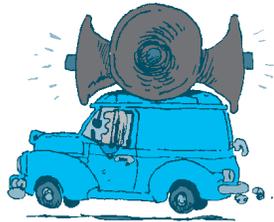
Pese a que existe esta opción legal frente a unos estudios previos mal elaborados, la misma no aminora la responsabilidad precontractual de la entidad estatal. La revocatoria de un acto de apertura, puede implicar el desconocimiento de el principio de economía, pues la administración invierte tiempo, recursos humanos y presupuestales para adelantar procesos contractuales que resultan fallidos, lo que no sólo vulnera el interés general, toda vez que no se satisface la necesidad que motivó la convocatoria, sino que, además, genera dudas e inconformidad en la ciudadanía.



De allí que la Procuraduría General de la Nación, pese a que reconoce las posibilidades legales que tienen hoy las entidades para enmendar sus errores dentro de la actividad contractual,



haga un llamado a que se realicen esfuerzos importantes a la hora de planear la contratación, desde la solicitud de recursos a la respectiva instancia estatal, hasta el desarrollo de las convocatorias públicas y su adjudicación.



Este llamado es general para todas las entidades que manejen o ejecuten recursos públicos, no importa el régimen de contratación que apliquen, pues el principio de planeación resulta vital para gerenciar lo público; por ello, no sólo se invita a dar cumplimiento a la normatividad vigente, sino a reglamentar internamente, en el caso de las entidades no sujetas al Estatuto, el desarrollo, paso a paso, de la planeación contractual y las responsabilidades que cada área tendrá desde su competencia.

La Ley 1150 de 2007 determinó como obligación a cargo de las entidades públicas que se rigen por el Estatuto la de publicar en el Portal Único de Contratación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) los estudios previos de los procesos de selección que adelanten. En el caso del concurso de méritos, no se publicará el detalle del análisis de precios y en el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Esto garantiza mayor transparencia en la gestión y permite a los interesados en contratar con el Estado, comprender fácilmente el alcance del pliego de condiciones o su equivalente y elaborar su oferta ajustada a la necesidad real que se pretende satisfacer.

Ahora bien, visto el marco normativo general que orienta la elaboración de los estudios previos de la contratación estatal, veamos algunas recomendaciones puntuales respecto a la definición y el alcance de los elementos mínimos:

1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD

En este análisis deberán concretarse, entre otros, los siguientes aspectos:

- La necesidad de la entidad que se pretende satisfacer con la contratación.
- Opciones que existen para resolver dicha necesidad en el mercado.

- Opción más favorable para resolver la necesidad desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico. Se deberá efectuar el análisis de las diferentes alternativas o soluciones que satisfacen la necesidad de la entidad frente a los costos, beneficios y desventajas de cada una de ellas (outsourcing, leasing, arrendamiento, etc.)
- Verificación de que la necesidad se encuentra prevista en el Plan de Compras de la entidad o inclusión de ésta a través del ajuste respectivo.
- Relación existente entre la contratación a realizar y el rubro presupuestal del cual se derivan sus recursos.



2. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO A CONTRATAR CON SUS ESPECIFICACIONES

La definición técnica de la necesidad y su correspondiente soporte, así como las condiciones del contrato a celebrar, deberán analizarse en el estudio técnico, estableciéndose con claridad, entre otros, los siguientes aspectos:

- a. Especificaciones técnicas del bien, obra o servicio a contratar. Se sugiere tener en cuenta las posibilidades futuras de actualización de los bienes, su vida útil, la coherencia técnica con otras herramientas antes adquiridas, las calidades del personal técnico que debe prestar los servicios y demás elementos que afecten la satisfacción de la necesidad que motiva la contratación.
- b. Compromisos, declaraciones y acreditaciones que deberán efectuar los proponentes en materia técnica, que serán verificados por la entidad como requisito habilitante, DE CUMPLE O NO CUMPLE, durante el período de evaluación de las ofertas.



- c. Actividades técnicas y plazos para ejecutarlas, así como el plazo de ejecución total del contrato. En este aspecto se deben tener en cuenta los tiempos administrativos de perfeccionamiento y la legalización del contrato.

d. Servicios conexos: entendidos como aquellos que se derivan del cumplimiento del objeto del contrato, como capacitaciones, mantenimientos preventivos y correctivos, soportes técnicos, entrega de manuales, etc.

Cuando el cumplimiento del objeto del contrato implique la satisfacción de estas actividades o servicios conexos, se podrá prever en el pliego de condiciones o su equivalente que el contrato se liquidará una vez se cumpla con la obligación o actividad principal, dejándose la salvedad entre las partes sobre las actividades u obligaciones pendientes a cargo del contratista, que deberán estar amparadas en la garantía única constituida hasta el plazo determinado para su ejecución.

El supervisor o interventor del contrato será quien verifique que estas actividades u obligaciones pendientes se cumplan a cabalidad.



Para comprender el alcance de esta recomendación se debe recordar el concepto de la liquidación del contrato:

LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS: etapa ocurrida una vez vencido o finalizado el plazo del contrato, bien sea de forma anticipada o con ocasión de las causales establecidas en la ley o el contrato, en la cual las partes hacen una revisión total de las obligaciones ejecutadas, efectuando los reconocimientos o ajustes económicos a que haya lugar, con el fin de finiquitar el vínculo contractual surgido y declararse a paz y salvo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se deben liquidar aquellos contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo y exige una verificación de los pagos y los saldos por pagar. También deben liquidarse aquellos que por diferentes circunstancias lo requieran, por ejemplo, contratos de ejecución instantánea en los que se han presentado dificultades, imposición de multas o modificaciones importantes.

En las actas de liquidación se debe dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes (prestaciones/suministros/entregas y pagos), los ajustes, reconocimientos, revisiones, descuentos realizados, los acuerdos, conciliaciones, transacciones, saldos a favor o en contra del contratista y las demás declaraciones de las partes relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones.

La liquidación del contrato no libera al contratista de responder por la estabilidad de la obra o la calidad de los bienes o servicios contratados. En consecuencia, cuando con posterioridad se presenten hechos que se encuentren amparados en las garantías constituidas o que le causen un perjuicio a la entidad, ésta deberá adelantar las correspondientes acciones previstas en la ley para cada caso.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres tipos de liquidación:

LIQUIDACIÓN POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES:

liquidación del contrato que se efectúa de forma conjunta, por el mutuo acuerdo de las partes.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL: liquidación del contrato que lleva a cabo de forma unilateral la entidad pública contratante, cuando no logró la liquidación por mutuo acuerdo del contrato, a través de un acto administrativo debidamente motivado.

LIQUIDACIÓN JUDICIAL: la efectuada por el juez del contrato.

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 determinó los plazos para llevar a cabo la liquidación de los contratos de la siguiente manera:

“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral





dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser hecha en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

e. Documentos o constancias técnicas para acreditar la capacidad del oferente, como certificaciones de cumplimiento de normas técnicas, certificaciones de experiencia, declaraciones, catálogos, muestras, etc.

f. Plazo de ejecución del contrato: estimación del término en el que el contratista dará cumplimiento al objeto pactado. Este plazo debe comprender tanto los tiempos requeridos para el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato, como para las accesorias. Como ya se mencionó, cuando las obligaciones accesorias comprenden garantías técnicas o servicios de actualización o mantenimiento que deban ejecutarse una vez entregados los bienes o prestados los servicios, podrán cumplirse después de la liquidación del contrato, dejando la salvedad en el acta respectiva.

En la determinación del plazo contractual, el área responsable de realizar los estudios técnicos de la contratación deberá tener en cuenta los tiempos administrativos para el perfeccionamiento y legalización del contrato, así como el principio de anualidad presupuestal y el Plan Anual de Caja (PAC).



Lo anterior significa que el plazo que se determine para la ejecución del contrato, que debe ir en concordancia con su naturaleza (de ejecución instantánea o de tracto sucesivo) y con la forma de pago del bien o servicio, debe verificarse frente a las limitaciones que establecen las normas presupuestales.

g. Definición de la forma de pago del valor del contrato, de acuerdo con la naturaleza de la contratación y los lineamientos presupuestales de la entidad. La forma de pago definida debe mantener las condiciones económicas existentes al momento de la suscripción del contrato y facilitar su ejecución al contratista.



En los estudios previos, con el fin de proteger los recursos públicos y garantizar su correcto manejo e inversión, se sugiere evidenciar las razones técnicas y económicas del pacto de anticipos o pagos anticipados.

Para esclarecer el tema se deben revisar las definiciones de estas dos modalidades de giro de recursos a particulares, en ejecución de un contrato estatal.

ANTICIPO: es la suma de dinero que se entrega al contratista para facilitarle el cumplimiento del objeto contractual. El anticipo no se considera pago y, por tanto, no extingue las obligaciones a cargo de la entidad. Continúa siendo de propiedad del contratante y debe ser amortizado.

Los dineros provenientes del anticipo deben ser empleados/aplicados de acuerdo con el programa de inversiones debidamente aprobado por el supervisor o interventor del contrato.

Dichos dineros no pueden destinarse a fines distintos a los relacionados con la ejecución y el cumplimiento del contrato, y tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante su ejecución, por lo cual, su manejo inadecuado, el cambio de su destinación o su apropiación darán lugar a las responsabilidades correspondientes.

La amortización es el porcentaje que descuenta la entidad pública al contratista del valor que reciba en cada pago, con el fin de compensar el valor entregado por ésta en calidad de anticipo.



El contratista deberá entregar los informes de inversión y buen manejo de anticipo que le solicite el supervisor o interventor del contrato.

PAGO ANTICIPADO: suma de dinero que se entrega al contratista en calidad de primer PAGO del contrato y que, por tanto, pasa a ser de su propiedad y puede ser invertida libremente.

Con el fin de salvaguardar los recursos del Estado se deben efectuar dos (2) recomendaciones:

1. No supeditar el inicio del plazo de ejecución de los contratos al giro de los recursos pactados en calidad de anticipo o pago anticipado, toda vez que, dentro del proceso de selección correspondiente, se efectuaron exigencias y revisiones orientadas a verificar la solvencia económica y técnica del contratista que lo capacitan para iniciar la ejecución del objeto contractual sin condicionamientos económicos.

En todo caso, el giro de recursos en cualquier modalidad deberá efectuarse hasta tanto se haya verificado el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

2. Dentro de los requisitos de ejecución, para este efecto, se sugieren incluir las licencias, los permisos y las autorizaciones que deben existir de forma previa al inicio de las actividades contratadas.

h. De acuerdo con la normatividad vigente, se deberán determinar los códigos que identifican los bienes o servicios dentro del Catálogo Único de Bienes (CUBS)³ del SICE⁴, así como la clasificación en el Registro Único de Proponentes que debe acreditar el interesado.

i. Para determinar la experiencia mínima que se exigirá a los proponentes es importante definir, de forma motivada, qué período de certificación será tenido en cuenta⁵. Asimismo, se debe fijar la fórmula o el mecanismo para medir la experiencia de las uniones temporales o consorcios⁶.

j. Se debe definir la capacidad residual mínima que se exigirá a los proponentes, tasándola en salarios mínimos mensuales legales vigentes, de acuerdo con las normas vigentes.

Con el fin de puntualizar el tema de la elaboración de estudios técnicos para algunas áreas de la gestión pública, a continuación se efectúan recomendaciones específicas, de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios a contratar.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER E. HERNÁNDEZ, 2 de febrero de 2005. Radicación número: 10010326000200400044 00. "() Así, es claro que el legislador al establecer la obligación de consultar el RUPR y el CUBS lo hizo para todas las entidades estatales y en todos los casos y no se estableció un límite pues, como se dijo, dicha consulta no es vinculante y, adicionalmente, busca el desarrollo de principios de economía, transparencia y publicidad, los cuales se deben respetar en todos los procesos de contratación sin importar la cuantía de los mismos. En estas condiciones, so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario introduce una restricción indebida, pues no debe olvidarse que la potestad reglamentaria permite al Gobierno expedir normas generales, impersonales y abstractas con el fin de que la ley tenga un debido cumplimiento, pero no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar ()".
⁴ Ver CIRCULAR N° 005 de 2008, Gerencia SICE. www.sice-cgr.gov.co / Marco Legal.

A. PARA EL ÁREA DE TECNOLOGÍA iii



En la elaboración de los estudios técnicos de las contrataciones relacionadas con el área de tecnología se sugiere verificar y definir, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Trámites legales y presupuestales especiales, previos al inicio de la convocatoria o a la suscripción del respectivo contrato. Por ejemplo, el cumplimiento de normas tales como el Decreto 3816 de 2003, a través del cual se creó la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Administración Pública (COINFO).
2. Especificaciones técnicas⁷

Características técnicas de los bienes o servicios. Se aconseja definir, entre otros, los siguientes temas:

- Tiempos de respuesta tanto del contratista como de la entidad y mecanismos de interlocución de las partes.
- Procedimientos para solicitar, recibir y certificar los servicios o bienes.
- Garantía técnica requerida, extensión de la misma y condiciones para su mantenimiento y efectividad.
- Inventario de repuestos que debe mantener el contratista, mano de obra, transporte de los bienes, alcance de la garantía y servicio adicional o personalización.
- Procedimientos de instalación de los productos (duración, condiciones o requisitos técnicos, suministro de equipos adicionales para la instalación, perfil del personal que se requiere para instalar la solución, sitio de la instalación, transferencia de conocimiento durante la instalación y la ejecución del contrato).
- Informes o productos que debe presentar el contratista.

⁵ Por ejemplo, en los contratos de obra generalmente se revisa la experiencia obtenida dentro de los cinco años anteriores a la fecha de apertura de la convocatoria, toda vez que es el período mínimo que debe cubrir el amparo de estabilidad y la calidad de la obra, dentro de la garantía única, y en el que, por tanto, las entidades contratantes pueden declarar los siniestros ocurridos y hacer efectiva la garantía.

⁶ Las entidades públicas pueden definir que la experiencia se acreditará de forma conjunta, sin determinar un porcentaje mínimo para cada uno o consorciado. Por el contrario, puede establecer el porcentaje o número de contratos o años de experiencia requerida para cada uno de los miembros de la persona conjunta.

⁷ Tomado del Protocolo elaborado por la Oficina de Sistemas de la Procuraduría General de la Nación.



- Derecho del contratante de excluir servicios o bienes por razones técnicas y/o administrativas
 - Lugar de prestación del servicio o entrega de la solución.
 - Cláusula de confidencialidad. Cuando dentro del objeto del contrato se tenga previsto el intercambio de información, es recomendable que el contratista se comprometa a guardar confidencialidad sobre la misma.
 - Certificados de calidad y de representación comercial que debe acreditar el proponente, salvo aquellos incluidos en la prohibición del parágrafo 2° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. (Certificaciones de Sistemas de gestión de Calidad).
 - Calificación del personal que deberá prestar los servicios.
3. Impacto en la infraestructura tecnológica de la entidad de la adquisición del bien o servicio.
 4. Coherencia técnica de la contratación respecto a otras herramientas adquiridas con anterioridad.
 5. Perfil del funcionario que deberá adelantar la supervisión del contrato o, en caso de requerirse, definición de la necesidad y de los términos técnicos de la contratación de una interventoría externa.
 6. Servicios conexos: se sugiere estipular todos los requerimientos relacionados con los servicios conexos y las condiciones para prestarlos, por ejemplo:
 - a) Condiciones de capacitación: lugar, cursos, número de asistentes y perfil laboral o profesional de los mismos, prerrequisitos de los cursos, intensidad horaria, temario, condiciones técnicas de la firma y expositores (certificaciones), control de asistencia, medición de satisfacción, horarios, certificados de asistencia, medios y logística, etc.
 - b) Condiciones del soporte requerido y actualizaciones.
 - c) Mantenimientos preventivos y/o correctivos, señalar las condiciones y cantidades de los mismos, mano de obra, en sitio y transporte de los elementos. Esto incluye horario para atender servicios preventivos y correctivos.

1. Contratos de obra

Cuando se deban adelantar convocatorias públicas para la suscripción de contratos de obra o éstos deban ser celebrados de forma directa, teniendo en cuenta la definición que refiere la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, en el estudio técnico previo de la contratación se recomienda verificar y definir, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) El estudio de títulos del inmueble, que busca determinar la propiedad del bien, el régimen legal de dicha propiedad, las afectaciones existentes y los demás aspectos relevantes al momento de establecer derechos y obligaciones derivados de su tenencia o posesión, etc.

Cuando se trate de la intervención de inmuebles arrendados o en comodato se deberá examinar la conveniencia de realizar la inversión frente al término de disposición del bien (plazo del contrato); asimismo, se deberá verificar que el rubro presupuestal del cual se derivan los recursos, permita la adecuación de predios ajenos.

- b) La necesidad de contar con diseños o estudios técnicos especializados y de tramitar de forma previa licencias y demás autorizaciones establecidas en la ley, sin las cuales no se podrá dar inicio a las obras (licencias de construcción, ambientales, permisos especiales, etc.).
- c) El cumplimiento, en los diseños de las obras y en su ejecución, de las normas de prevención y atención de desastres⁸, seguridad industrial, salud ocupacional y manejo ambiental, ordenadas por las disposiciones legales vigentes. Se deberá prestar atención al cumplimiento de las normas que garantizan el acceso seguro y fácil a la ciudadanía, especialmente a las personas con discapacidad⁹.
- d) Perfil del funcionario que deberá adelantar la supervisión del contrato o, en caso de requerirse, definición de la necesidad y de los términos técnicos de la contratación de una interventoría externa.
- e) La necesidad de reubicación temporal de los ocupantes de los inmuebles objeto de las obras. Esto incluye todas las gestiones administrativas necesarias para el arrendamiento o disposición a título de comodato de otro bien que garantice condiciones básicas, cuando así se requiera, así como el establecimiento de los costos de adecuación temporal del mismo.



⁸ Consultar <http://www.sigpad.gov.co>

⁹ Consultar <http://www.discapacidad.gov.co>



2. Contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles

Como lo prevé el literal i) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas pueden celebrar de forma directa los contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles.

Previo a la suscripción del respectivo contrato se debe evaluar la necesidad de adquirir, tomar en arrendamiento, comodato o en cualquiera otra modalidad legal el inmueble; se deben realizar, por tanto, los estudios que permitan determinar las condiciones técnicas y de seguridad requeridas.

Por lo expuesto, en estos estudios se sugiere fijar por lo menos los siguientes elementos:

a) Condiciones técnicas y de seguridad que debe cumplir el inmueble, verificando que tenga autorizado el uso institucional (de acuerdo con la normatividad urbanística vigente – Plan de Ordenamiento Territorial), así como las opciones de adecuación que presenta.

En este sentido, en la elección del inmueble se debería preferir aquel que, cumpliendo con las condiciones exigidas por la entidad, requiera una menor inversión en adecuaciones.

A la par de la gestión de los recursos necesarios para el pago del precio de compra del inmueble o de su canon de arrendamiento, se deberán agenciar los recursos indispensables para su adecuación y uso institucional, garantizando el cumplimiento de las normas de seguridad industrial, salud ocupacional, así el acceso al público, especialmente para usuarios con discapacidad.

b) Para la adquisición de inmuebles, de conformidad con lo previsto en el artículo 4° del Decreto 3576 de 2009, deberán contemplarse diferentes alternativas en el sector del municipio de que se trate, en el evento que en el mismo se encuentren bienes de similares características a las requeridas, caso en el cual deberán ser comparadas para elegir la de menor costo.

Para el arrendamiento, la norma aludida determina que la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

En el análisis de mercado previo, que debe surtir para estos dos tipos de contratos, deberá tenerse en cuenta por lo menos la siguiente información: régimen de la propiedad,

canon de arrendamiento, naturaleza del inmueble (comercial o residencial), estratificación, servicios públicos, gastos de administración, parqueadero, etc.

Para la compraventa, obtenido el precio de mercado, se deberá tramitar el avalúo comercial del inmueble seleccionado, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.



RECUERDE: DENTRO DE LOS ESTUDIOS PREVIOS DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO O COMPRA DE INMUEBLES SE DEBEN CONSIDERAR LOS GASTOS ASOCIADOS CON LOS MISMOS, DERIVADOS DE LAS ADECUACIONES FÍSICAS, DOTACIÓN DE MUEBLES Y EQUIPOS DE CÓMPUTO, REDES ELÉCTRICAS Y DEMÁS ELEMENTOS QUE SE REQUIEREN PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS.

C. PARA LAS ÁREAS MISIONALES

Las áreas misionales de las entidades públicas suelen gestionar recursos internos e interinstitucionales con el fin de ejecutar proyectos orientados al cumplimiento de sus funciones legales, para ello emplean con frecuencia la figura del “convenio”.

Ni la Ley 80 de 1993 ni la Ley 1150 de 2007 han definido de forma expresa lo que es un convenio; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de precisar el tema.

Los CONVENIOS, que son una especie en el género de los contratos estatales¹⁰, responden a una modalidad de contratación cuya finalidad es la unión de esfuerzos para lograr un objetivo común que debe conllevar, en primer lugar, el cumplimiento de las funciones o deberes legales de las partes y, en segundo lugar, un beneficio para la colectividad. En consecuencia, están caracterizados por los aportes en dinero, especie o gestión que efectúan las partes para aunar esfuerzos y alcanzar la meta común planteada¹¹. El aporte es, entonces, la tasación de la colaboración y el apoyo que entregan los suscriptores del convenio.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN, 15 de julio de 2004. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-4288-01(3379) “Con el fin de precisar si el convenio asociativo puede ser calificado de contrato estatal, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad; así, el elemento subjetivo viene a ser determinante en el contrato estatal, dado que se tendrá por tal aquel en que uno de los extremos de la relación negocial esté ocupado por una entidad estatal, que según las voces del literal a) del numeral 1º del artículo 2º ibídem lo es el municipio”.

¹¹ www.valledelcauca.gov.co/juridica. Concepto de 5 de junio de 2008. Secretaría Jurídica. Gobernación del Valle del Cauca.



Como se ha expuesto en el presente documento, todas las contrataciones que adelante una entidad pública, en cualquier modalidad, deben estar precedidas de los correspondientes estudios previos. Los convenios no son la excepción. Por ello, con fundamento en la normatividad vigente, a continuación se realizan precisiones conceptuales frente a ellos.

1. Tipo de convenio¹²

a. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

Convenios suscritos entre entidades públicas con el fin de aunar esfuerzos para el logro de un objetivo común que les permita dar cumplimiento a las funciones constitucionales y legales que les han sido asignadas. Se rigen por los principios que orientan la función administrativa y la contratación estatal, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en Ley 80 de 1993, respectivamente.

Para su suscripción deberán tenerse en cuenta los límites establecidos frente al tema en el artículo 4° literal c) de la Ley 1150 de 2007.

b. CONVENIOS CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

Aquellos suscritos con organismos internacionales de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, o con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional.

Como lo dispone el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, los convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los

¹² Ver concepto 1.710 de 23 de febrero de 2006. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Los convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; convenios necesarios para la operación de la OIT; convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; convenios para la operación del programa mundial de alimentos; convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.



PROHIBICIÓN: las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

- c. **CONVENIOS DE APOYO:** definidos por el artículo 355 de la Constitución Política como contratos celebrados por las entidades públicas con **personas jurídicas sin ánimo de lucro** y **de reconocida idoneidad** para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, regulados en la actualidad por los Decretos 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993.
- d. **CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS:** definidos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, conllevan la asociación entre entidades públicas para el cumplimiento de funciones administrativas o



prestar conjuntamente servicios a su cargo mediante convenios de asociación o la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación **exclusiva** de entidades públicas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas que regulan el funcionamiento de entidades de este género.

- e. **CONVENIOS DE ASOCIACIÓN CON PARTICULARES:** regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.

Pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

- f. **CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN:** acuerdos suscritos entre la Nación o sus entidades descentralizadas y particulares para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías que no dan lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las partes aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el Decreto 391 de 1991 (Ley 1286 de 2009).

De conformidad con lo establecido en la norma aludida, el convenio especial de cooperación debe constar por escrito y contener como mínimo cláusulas que determinen: su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión.

Este convenio debe ser publicado en el *Diario Oficial*, puede ser objeto del pago del impuesto de timbre nacional, en las condiciones dispuestas por la legislación vigente y conlleva la apropiación y el registro presupuestal cuando involucra recursos públicos.

- g. CONVENIOS DE ASOCIACIÓN PARA ADELANTAR ACTIVIDADES CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS.** Asociación entre la Nación o sus entidades descentralizadas con otras entidades públicas de cualquier orden para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, dentro de los parámetros establecidos por el Decreto 393 de 1991.



2. Requisitos generales

En los estudios previos de los convenios a suscribir se aconseja definir, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) La conveniencia y oportunidad de la utilización de esta modalidad de contratación.
- b) La cuantificación de los aportes de las partes.
- c) El o los objetivos comunes perseguidos.
- d) Las obligaciones de las partes.
- e) La vigilancia, la orientación y el control de la ejecución.
- f) Las causales de terminación o disolución.
- g) Los protocolos de comunicaciones.
- h) Los plazos o etapas de ejecución.
- i) Los productos o resultados esperados.

Cuando los convenios impliquen erogación a cargo de la entidad se deberá elaborar el respectivo estudio de mercado de los bienes o servicios que se contratarán en ejecución del convenio.

3. Requisitos especiales

3.1 Para la suscripción de los convenios de asociación con particulares que impliquen la creación de una nueva persona jurídica¹³.

¹³ Artículo 96 de la Ley 489 de 1998



Cuando en virtud del convenio suscrito surgen personas jurídicas sin ánimo de lucro, se regirán por las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

Aspectos a definir:

- a. Los objetivos y actividades a cargo, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes.
- b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.
- c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad.
- d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares.
- e. La duración de la asociación y las causales de disolución.

3.2 La celebración de convenios especiales de cooperación está sometida a las siguientes reglas¹⁴:

- a) No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.
- b) Se precisará la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos.
- c) Se definirán las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.
- d) El manejo de recursos aportados para la ejecución del convenio podrá efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración.
- e) Estos convenios se regirán por las normas del derecho privado.

¹⁴ Decreto 393 de 1991.

D. PARA ADELANTAR LA SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INTERNA



De conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2474 de 2008, el estudio técnico de los bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización exige la elaboración de una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones en términos de desempeño y calidad. Las fichas técnicas deberán contener, como mínimo:

- a) Denominación de bien o servicio.
- b) Denominación técnica del bien o servicio.
- c) Unidad de medida.
- d) Descripción general.

E. PARA ADELANTAR LOS CONCURSOS DE MÉRITOS

El artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, contempla el CONCURSO DE MÉRITOS como una modalidad de selección de consultores o proyectos.

Tal como lo prevé el párrafo del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 deben comprenderse las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003.

Cuando del objeto de la consultoría involucre la contratación de bienes y servicios accesorios a ella, la selección se hará con base en el procedimiento señalado para esta modalidad, pero



dentro de los criterios de evaluación de las ofertas deberán incluirse las condiciones de calidad y precio de los bienes o servicios requeridos.

Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como el diseño y la construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, de conformidad con lo señalado en la ley y los correspondientes decretos reglamentarios. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.

Lo anterior significa, que tratándose de objetos complejos de contratación, que incluyan varios tipos de obligaciones, las entidades públicas deben discriminarlas y determinar con certeza cuáles de ellas son principales y cuáles son accesorias, con el fin de concretar qué procedimiento de contratación deben aplicar.

Para el concurso de méritos pueden emplearse dos (2) sistemas:

1. De concurso abierto: cuando se adelanta la convocatoria con todos los interesados que lleguen a presentar oferta. En la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados (Decreto 2326 de 1995).
2. De precalificación: cuando antes del inicio del proceso, para la escogencia del consultor, la entidad tramita una selección previa, por convocatoria pública, con los criterios previstos en la ley, con el fin de constituir una lista de interesados precalificados, que serán los únicos que puedan participar en el desarrollo del concurso, cerrando la posibilidad de hacerlo para otros que no fueron objeto de precalificación. La precalificación que se haga para un solo proceso de concurso de méritos se denominará lista corta. La que se realice para varios concursos de méritos determinados o determinables se denominará lista multiusos.

A su vez, existen dos (2) tipos de propuesta técnica¹⁵:

1. *Propuesta Técnica Simplificada (PTS). Aquella que deben elaborar los interesados en la convocatoria, con fundamento en los requerimientos técnicos de la entidad, dentro de los que se incluye la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y las cargas de trabajo para ésta. En estos casos procede la selección por el sistema de concurso abierto, o mediante el de precalificación con lista corta o lista multiusos.*

¹⁵ Artículo 55 Decreto 2474 de 2008

2. *Propuesta Técnica Detallada (PTD). Aquella que deben elaborar los interesados en la convocatoria a partir de diferentes enfoques o metodologías que no son suministrados por la entidad contratante.*

Dentro del documento de estudios previos elaborado deben constar las razones que fundamentaron la decisión de la entidad contratante de requerir uno u otro tipo de propuesta y de adelantar uno u otro tipo de concurso. Estas razones serán eminentemente técnicas y no pueden reducirse a la simple referencia normativa.

El estudio técnico previo de los concursos de méritos deberá puntualizar, entre otras, las siguientes condiciones:

1. Los objetivos, metas y alcance de los servicios que se requieran.
2. La descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados, los cuales podrán consistir en informes, diagnósticos, diseños, datos, procesos, entre otros, según el objeto de la consultoría.
3. El cronograma de la ejecución del contrato de consultoría.
4. El listado y la ubicación de la información disponible para ser conocida por los proponentes, con el fin de facilitarles la preparación de sus propuestas, como estudios, informes previos, análisis o documentos definitivos.
5. Los fundamentos técnicos de la determinación del tipo de propuesta que se exige en el proceso de concurso de méritos.
6. Los fundamentos técnicos de la definición del tipo de concurso a desarrollar.
7. De acuerdo con el tipo de propuesta técnica que se exigirá, se determinarán aspectos como la metodología para la ejecución de la consultoría, el plan y las cargas de trabajo para la misma.

f. PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES¹⁶

Teniendo en cuenta que, en los procesos de selección abreviada de enajenación de bienes, las entidades públicas pueden hacer uso de los mecanismos que se consagran en la normatividad vigente, el estudio técnico previo de las convocatorias o



¹⁶ Decreto 4444 de 2008. Regula la enajenación de bienes del Estado por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, con excepción de los bienes a cargo del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado de la Dirección Nacional de Estupeficientes, los cuales se enajenarán de conformidad con lo señalado en el Decreto 1170 de 2008.

contrataciones debe, en primer lugar, ocuparse de fundamentar la determinación adoptada en este sentido, desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico.

Se debe destacar que los bienes pueden ser enajenados a través de tres mecanismos:

1. Enajenación directa.
2. Enajenación a través de promotores, bancas de inversión, martillos, comisionistas de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, o cualquier otro intermediario idóneo, según corresponda al tipo de bien a enajenar.
3. Enajenación a través de la sociedad Central de Inversiones CISA S. A., caso en el cual se suscribirá el respectivo contrato interadministrativo.

Los bienes cuyo precio mínimo de venta sea inferior al 10% de la menor cuantía podrán ser enajenados directamente o a través de intermediario, de acuerdo con las condiciones del mercado, aplicando para ello el procedimiento que se haya establecido para tal efecto en su manual de contratación.

El documento de estudios previos debe analizar, como mínimo, los siguientes elementos:

- a. Datos identificadores del bien: características físicas y estado de conservación.
- b. Indicación de las condiciones mínimas de la enajenación.
- c. Valor del avalúo comercial y el precio mínimo de venta, si fueren diferentes. Este último, obtenido de acuerdo con las reglas señaladas para ello, sin perjuicio del contenido del pliego de condiciones.

Si se trata de bienes inmuebles el estudio técnico previo debe, además, señalar por lo menos:



- a. El municipio o distrito donde se ubican y su localización exacta con indicación de su nomenclatura.
- b. Tipo de inmueble.
- c. Porcentaje de propiedad.
- d. Número de folio de matrícula inmobiliaria y cédula catastral.
- e. Uso del suelo.
- f. Área del terreno y de la construcción en metros cuadrados.
- g. Existencia o no de gravámenes, deudas o afectaciones de carácter jurídico, administrativo o técnico que limiten el goce al derecho de dominio.
- h. Existencia de contratos que afecten o limiten el uso.
- i. Identificación del estado de ocupación del inmueble.



En el caso de bienes muebles el estudio técnico previo, cuando menos, definirá:

- a. El municipio o distrito donde se ubican y su localización exacta.
- b. El tipo de bien.
- c. Existencia o no de gravámenes o afectaciones de carácter jurídico, administrativo o técnico que limiten el goce al derecho de dominio.
- d. Existencia de contratos que afecten o limiten su uso.

Si las condiciones de los bienes requieren el suministro de información diferente a la anteriormente señalada, también deberá ser incluida.

Adicionalmente, se determinarán los requisitos exigidos a las bancas de inversión, agentes inmobiliarios, martillos, comisionistas de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, o cualquier otro intermediario en el comercio de bienes que se pretenda seleccionar, con el fin de realizar la enajenación por su intermedio.

Asimismo, se señalarán aspectos de la contratación, como la forma de pago del precio, las formalidades para la suscripción del contrato de enajenación, los tiempos y las reglas de

otorgamiento de la escritura pública y de realización del registro y las consecuencias de no hacerla en el tiempo señalado en el pliego, entre otras.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CONTRATACIÓN



Definición del procedimiento de selección que deberá aplicarse, de acuerdo con la naturaleza, cuantía o condiciones especiales de la contratación y la normatividad vigente. Este estudio exige el examen de, por lo menos, los siguientes temas:

- **IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO A CELEBRAR** (compraventa, suministro, prestación de servicios, obra, arrendamiento, permuta, consultoría, comodato, donación, convenios, interadministrativos, etc.)

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió algunos tipos de contratos estatales de la siguiente manera:

1º Contrato de obra: son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, la instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

2º Contrato de consultoría: son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

3º Contrato de prestación de servicios: son los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

4º Contrato de concesión: son los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada

concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.



En la legislación civil y comercial se encuentran otras definiciones que deben atenderse a la hora de identificar el contrato a celebrar. Por ejemplo:

“COMPRAVENTA (Artículo 1849 del Código Civil). La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

“CONTRATO DE SUMINISTRO (Artículo 968 del Código de Comercio). El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

Respecto a los fundamentos jurídicos de la contratación, se deben recordar las modalidades que fijó el legislador en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, como son:

- ✓ Licitación pública: convocatoria pública que se desarrolla en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y que tal como lo estipula el artículo 2º, numeral 1º de la Ley 1150 de 2007, opera como regla general de contratación.
- ✓ Selección abreviada: modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficacia de la gestión contractual.



- ✓ Concurso de méritos: procedimiento de selección de consultores o proyectos, en el que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación.
- ✓ Contratación directa: modalidad de contratación que no exige el desarrollo de convocatoria pública y que sólo procede de forma taxativa para las causales previstas en la ley.

Para verificar el tipo de contrato a suscribir se deberá examinar su objeto y el alcance de sus obligaciones. Así, por ejemplo, si se van a adquirir unos bienes, que incluyen dos entregas y una cantidad determinada, se estaría frente a un contrato de compraventa. Pero si se trata de comprar bienes por un presupuesto determinado, hasta su agotamiento, con entregas parciales durante un tiempo previamente proyectado, se estará frente a un contrato de suministro.

El nombre que se le dé a un contrato no define su naturaleza¹⁷; sin embargo, determinar su correcta denominación permitirá un mayor control en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, así como identificar con precisión los riesgos que se derivan de su ejecución.

Volviendo al ejemplo referido, la garantía única a constituir para un contrato de compraventa puede diferir de la requerida para un contrato de suministro, pues los riesgos inherentes a los mismos cambian, así como también varía su estimación y asignación.

Por otro lado, hoy más que nunca, resulta imprescindible determinar con claridad, atendiendo la normatividad vigente y la naturaleza de los bienes o servicios a adquirir o la cuantía de los mismos, la modalidad de selección a emplear, pues ello incidirá en la fijación de los criterios de selección dentro del pliego de condiciones.

Así, confundir un contrato de prestación de servicios con uno de consultoría conllevará a que, en lugar de desarrollar una licitación pública o una selección abreviada de menor cuantía, se adelante un concurso de méritos.

Esta situación no sólo menoscaba los intereses de la entidad, pues al no evaluar de forma correcta los ofrecimientos puede adquirir bienes o servicios que no satisfagan sus necesidades o que incrementen los costos proyectados, sino que puede involucrar la comisión de faltas disciplinarias por la elusión del procedimiento establecido en la ley.

¹⁷ Código Civil. Artículo 1618.
"PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN.
Conocida claramente la intención
de los contratantes, debe estarse
a ella más que a lo literal de las
palabras".

4. DEFINICIÓN DE LOS CRITERIOS DE VERIFICACIÓN Y DE PONDERACIÓN, ASÍ COMO LOS FACTORES DE DESEMPATE

Los criterios de verificación (habilitantes) constituyen los requisitos mínimos que deben cumplir los proponentes frente a la necesidad que pretende satisfacer la entidad.

Los criterios de ponderación o calificación son aquellos que establecen los parámetros de comparación de las ofertas.

Estos requisitos de comparación deberán constituir herramientas para determinar cuál es la oferta más favorable. En la óptica de la reforma a la Ley 80 de 1993, no se trata de seleccionar el mejor oferente sino la mejor propuesta. En tal sentido, la justificación de la elección de estos criterios de ponderación debe responder a las necesidades de la entidad y a los valores agregados que persigue y que implican beneficios y ventajas comparativas.

Establecer criterios inocuos de calificación, es decir, que no marquen diferencia en la ponderación efectuada, atenta contra el principio de selección objetiva.

En la determinación de los criterios de ponderación y de desempate, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, se deberá tener en cuenta lo ordenado por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 de Decreto 2474 de 2008.

El artículo 5° de la Ley 1150 de 2001 prevé que los requisitos de verificación o habilitantes deben acreditar la capacidad de los oferentes para ejecutar de forma satisfactoria, al mejor precio y con la mayor calidad posible, la necesidad de la entidad¹⁸. En este sentido no resulta comprensible ni ajustado a la ley que las entidades públicas establezcan “visitas técnicas obligatorias” al lugar de ejecución del contrato.

Se debe recordar que la no asistencia de un interesado a la visita programada no compromete su capacidad para efectuar un ofrecimiento.

Los riesgos de la contratación, así como su alcance técnico, económico y financiero, son establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, en los estudios previos y demás documentos del proceso, en los que se determina la ubicación geográfica de los trabajos y otros aspectos relevantes de cada proyecto.

Dada la experticia de los interesados en el desarrollo del objeto contractual, que viene circunscrita a la clasificación en el Registro Único de Proponentes y que se acredita a través de las exigencias



¹⁸ “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 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.



y verificaciones que llevan a cabo las entidades públicas dentro del proceso de selección, ellos pueden determinar el alcance técnico de los trabajos sin acudir a la visita requerida o efectuarla en un momento distinto al programado por la entidad contratante.

Esta experticia, en algunos casos, es definida por la normatividad misma, por ejemplo, para los contratos de obra se señala en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, para los contratos que incluyen instalaciones eléctricas, en el Código Eléctrico colombiano.

Tampoco podrá establecerse como requisito mínimo en el pliego de condiciones, el hecho de no haber sido multado contractualmente. Se debe destacar que la imposición de multas contractuales por parte de las entidades públicas a los particulares, en ningún caso genera la inhabilidad de los mismos para contratar con el Estado.

5. ESTUDIO DE MERCADO O ANÁLISIS ECONÓMICO DEL VALOR DEL CONTRATO

El estudio de precios de mercado, que se lleva a cabo una vez elaborado el estudio técnico, permite establecer el presupuesto oficial de la contratación. Comprende la realización de un análisis de los diferentes precios de los bienes o servicios a contratar que se registran en el mercado, que pueden ser consultados a través de mecanismos como:

- a. Solicitud de cotizaciones.
- b. Consulta de bases de datos especializadas.
- c. Análisis de consumos y precios históricos.

Asimismo, involucra el análisis de las variables consideradas para calcular el presupuesto oficial o precio del contrato.

Para la elaboración del estudio de precios de mercado se efectúan las siguientes recomendaciones:

- a. Cuando se emplee la modalidad de solicitud de cotizaciones, las mismas se deben requerir remitiendo a los interesados toda la información básica del contrato a suscribir, con el fin de que proyecten el valor del servicio o del bien correspondiente. Por lo expuesto, se deberán señalar en la comunicación respectiva los gastos que deberá asumir el contratista (constitución de garantía única, impuestos, transporte, publicación, etc.) y la forma de pago prevista para el futuro contrato, toda vez que esta información incide directamente en el precio ofrecido.

Para lo anterior se sugiere que las solicitudes de cotización contengan como mínimo la información relacionada en el siguiente formato:



FORMATO PARA SOLICITAR COTIZACIONES		
ADVERTENCIA	Indicación de que la cotización solicitada servirá de base para la elaboración de un estudio de mercado y, por tanto, no constituye en sí misma una oferta y consecuentemente NO obliga a las partes.	
OBJETO	Objeto de la contratación.	
VALIDEZ DE LA COTIZACIÓN	Definición del plazo en el cual deberá estar vigente la cotización.	
ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	Especificaciones técnicas del bien o servicio a contratar.	
CONDICIONES DE CONTRATACIÓN	PLAZO	Plazo de ejecución del contrato que se suscribirá.
	OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA	Obligaciones derivadas del contrato a suscribir (garantía técnica del bien o servicio).
	FORMA DE PAGO	Forma de pago del contrato que se suscribirá, indicando expresamente el tiempo de trámite del pago, los requisitos previos al mismo y que todos están sujetos a disponibilidad de PAC.
	RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN	Tipificación, estimación y asignación de riesgos.
	MECANISMO DE COBERTURA DE LOS RIESGOS	Amparos, vigencia y cuantía.
VALOR OFRECIDO	Indicación específica de que quien cotiza deberá tener en cuenta todos los gastos en los que incurra por la suscripción, legalización y ejecución del contrato, como impuestos, publicaciones, constitución garantía única, transporte, operarios, etc.	
PLAZO PARA PRESENTAR COTIZACIÓN	Plazo con que cuentan los interesados para presentar la cotización respectiva, así como el lugar donde deben radicarla o los correos electrónicos y fax habilitados para el efecto.	



Las cotizaciones se deberán solicitar a interesados que tengan condiciones de producción (capacidad económica, financiera, técnica y de experiencia) similares, con el fin de que realmente se obtenga un precio de mercado. Para ilustrar esta afirmación basta con verificar los precios que sobre un bien de la canasta familiar puede ofrecer un tendero de barrio, un mayorista o un supermercado.

Asimismo, se debe verificar la ocurrencia de circunstancias que distorsionan los precios del mercado, como ofertas especiales de almacenes de cadena, fenómenos de escasez o abundancia del producto, etc.

- b. Cuando por las condiciones del mercado del bien o servicio a contratar se requiera la revisión de bases de datos, el responsable deberá dejar constancia de las consultas realizadas y de los precios que soportan su estudio. Las bases de datos consultadas deben ser especializadas y representativas en el mercado del bien o servicio a contratar.
- c. Para emplear el mecanismo de análisis de precios históricos se debe verificar la variación de los mismos derivados del índice de precios al consumidor en cada año, examinando si se han presentado fenómenos económicos que hayan implicado fluctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio. Las características del bien o servicio deben ser las mismas entre una contratación y otra.
- d. Precios artificialmente bajos.

El párrafo del artículo 13 del TÍTULO I, DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN, del Decreto 2474 de 2008 establece:

“Oferta con valor artificialmente bajo. Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por el ofertado. Oídas las explicaciones, el comité asesor de que trata el párrafo 2° del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas

del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo. En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos”.



La norma transcrita instituye expresamente el deber, a cargo de la entidad pública contratante, de requerir al oferente para que sustente los precios ofrecidos. Asimismo, determina de forma específica que el COMITÉ ASESOR, encargado de verificar y evaluar las ofertas, es el competente para analizar las explicaciones entregadas por el proponente frente a la solicitud de la entidad y de emitir un concepto al respecto, en el que efectúe la recomendación respectiva al ordenador del gasto o junta de licitaciones.

De lo anterior se concluye que, las entidades públicas exceden las facultades que les ha otorgado la ley al fijar, de forma previa y específica, dentro del pliego de condiciones, lo que se consideran precios artificialmente bajos, sin dar traslado de su apreciación al oferente.

En tal sentido, la Procuraduría recomienda no efectuar, de forma automática y mecánica, la calificación de lo que se considera “precio artificialmente bajo”, ni dentro del documento de estudios previos ni en el pliego de condiciones de las convocatorias.

Para solventar cualquier dificultad que se pueda presentar al respecto se plantea incluir en el estudio de mercado la indicación de los precios a partir de los cuales la entidad efectuará el análisis de precios artificialmente bajos.

- e. Dadas las diferencias que se presentan en materia de verificación o evaluación económica dentro de las diferentes modalidades de contratación establecidas por la Ley 1150 de 2007, se deben efectuar algunas precisiones para cada una de ellas.



- Para el trámite de la subasta inversa resulta imprescindible determinar cuál será el valor de los decrementos mínimos¹⁹ para la puja correspondiente.
- Cuando se pretendan tramitar concursos de méritos se debe tener claridad absoluta sobre los valores de cada uno de los conceptos relacionados en el artículo 57 del Decreto 2474 de 2008²⁰.
- En el caso de que se requiera enajenar bienes del Estado, el precio mínimo de venta de los mismos deberá obedecer a los parámetros dispuestos en el Decreto 4444 de 2008. En el caso de los bienes inmuebles, la entidad deberá obtener el avalúo comercial de los mismos, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.

¹⁹ Cantidad mínima en que se deben disminuir los precios ofrecidos en cada lance.

²⁰ Costo estimado de los servicios y disponibilidad presupuestal. Con base en los requerimientos técnicos, la entidad estimará el costo de los servicios de consultoría requeridos teniendo en cuenta rubros tales como los montos en "personas/tiempo", el soporte logístico, los insumos necesarios para la ejecución de los servicios, los imprevistos y la utilidad razonable del contratista. El presupuesto oficial amparado por la disponibilidad presupuestal respectiva se determinará con base en el resultado de la estimación de los costos a que se refiere el inciso anterior. El detalle de la estimación será puesto a disposición del proponente que se ubique en el primer puesto de la lista de elegibles, y servirá de base para la revisión a que se refiere el artículo 71 del presente decreto. En el caso de requerirse una Propuesta Técnica Detallada (PTD), la entidad podrá contar con una disponibilidad presupuestal con un valor superior a la estimación a que se refiere el primer inciso del presente artículo, respaldada en el respectivo certificado. En tal caso, las propuestas económicas de los proponentes podrán sobrepasar el costo estimado del contrato sin que en ninguna circunstancia superen la disponibilidad presupuestal amparada por el certificado, so pena de ser rechazadas en el momento de su verificación*.

El precio mínimo de venta de los bienes inmuebles se obtiene de la revisión del valor del avalúo comercial en consideración con las siguientes variables:

1. **Valor del avalúo:** *corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.*

2. **Ingresos:** *corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, provenientes del bien, como cánones de arrendamiento y rendimientos.*

3. **Gastos:** *se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo, como: servicios públicos, conservación, administración y vigilancia, impuestos y gravámenes, seguros, gastos de promoción en ventas, costos y gastos de saneamiento, comisiones fiduciarias, gastos de bodegaje y deudas existentes.*

4. **Tasa de descuento:** *es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo.*

5. **Tiempo de comercialización:** *corresponde al tiempo que la entidad considera que tomará la comercialización de los activos con el fin de calcular los ingresos y egresos que se causarían durante el*

mismo. Dentro de los factores que definen el tiempo de comercialización se encuentran los siguientes: tipo de activo, características particulares del activo, comportamiento del mercado, tiempo de permanencia del activo en el inventario de la entidad, número de ofertas recibidas, número de visitas recibidas, tiempo de comercialización establecida por el evaluador y estado jurídico del activo. Dependiendo de estos factores, los activos se clasificarán como de alta, mediana y baja comercialización.



6. Estado de saneamiento de los activos: para efectos de determinar el estado jurídico de los activos se tendrá en cuenta, además, si el mismo está saneado.

a) Activo saneado transferible: es el activo que no presenta ningún problema jurídico, administrativo o técnico que se encuentra libre de deudas por cualquier concepto, así como aquel respecto del cual no exista ninguna afectación que impida su transferencia.

b) Activo no saneado transferible: es el activo que presenta problemas jurídicos, técnicos o administrativos que limitan su uso, goce y disfrute, pero que no impiden su transferencia a favor de terceros.

7. Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV): el precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos, incluidos el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

El precio mínimo de venta de bienes muebles se obtiene con el siguiente procedimiento:

- 1. Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de las aeronaves, motonaves y los vehículos de más de dos (2) ejes, la entidad deberá obtener un avalúo comercial, el cual será practicado por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre en el Registro Nacional de Avaluadores (RNA).*
- 2. Cuando se trate de otro tipo de bien mueble se tendrá como precio mínimo de venta el resultante del estudio de las condiciones de mercado que para el efecto realice la propia entidad, teniendo en cuenta el valor registrado en los libros contables de la misma.*



3. *Una vez obtenido el avalúo comercial, de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.*

La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien mueble, deberá tener en consideración las siguientes variables:

1. *Valor del avalúo: corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial del mueble vigente.*

2. *Ingresos: corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, como cánones de arrendamiento y rendimientos, de haberlos.*

3. *Valor de depreciación esperada del bien mueble.*

4. *Gastos: se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de activo, la comercialización, el mantenimiento si hay lugar y la administración del mismo. Se tendrán en cuenta factores como: conservación y vigilancia, impuestos y gravámenes (vehículos), registro de propiedad (vehículos), seguros, avalúos, gastos de promoción en ventas (ventas masivas de bienes muebles, gastos de bodegaje, gastos de transporte y embalaje, reparaciones y mantenimiento, gastos de administración).*

5. *Tasa de descuento: es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo.*

6. *Tiempo de comercialización: corresponde al tiempo estimado de comercialización del mueble, el cual depende, entre otros, del tipo de bien, sus características particulares y el comportamiento del mercado.*

7. *Cálculo precio mínimo de venta (PMV): el precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos, incluidos el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.*



RECUERDE:

EN TODO CASO, EN CUALQUIERA DE LAS MODALIDADES DE ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE MERCADO UTILIZADAS SE DEBERÁ CONSULTAR EL REGISTRO ÚNICO DE PRECIOS DE REFERENCIA DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA LA VIGILANCIA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL (RUPR – SICE), CUANDO EXISTA LA OBLIGACIÓN LEGAL DE HACERLO, DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVIDAD QUE RIGE LA MATERIA . (DECRETOS 3512 DE 2003 Y 2474 DE 2008). ATENDIENDO LO PREVISTO EN LA LEY 598 DE 2000, LOS PRECIOS COTIZADOS NO DEBEN SOBREPASAR NI ESTAR POR DEBAJO DEL PRECIO INDICATIVO DEL BIEN O SERVICIO, REGISTRADO EN EL SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA LA VIGILANCIA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL (SICE). SI ASÍ SUCEDIERA, SE DEBEN VERIFICAR Y ANALIZAR SI LAS VARIACIONES SE ENCUENTRAN ECONÓMICAMENTE JUSTIFICADAS DENTRO DEL MERCADO, DEJANDO CONSTANCIA DE ELLO.



6. ANÁLISIS, ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Análisis que comprende la valoración de los riesgos previsibles que un proponente o la entidad convocante asumen al solicitar o presentar una oferta en una convocatoria pública, adelantada por una entidad estatal, o que asumen la entidad pública y el contratista, al suscribir un contrato, que se traduce en el valor asegurado, en los tipos de amparos y cuantías de los mecanismos de cobertura, en las medidas de mitigación que se adopten en la ejecución de lo pactado y en el panorama financiero del contrato.

Este estudio debe efectuarse en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

El documento CONPES 3107, del Departamento Nacional de Planeación, había definido el riesgo como “(...) *la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos*”.

El artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 puntualizó que los “riesgos previsibles” son:



“(...) todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y la ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales”.

El doctor ÁLVARO DARÍO BECERRA SALAZAR, en su libro *Los riesgos de la contratación estatal*²¹, precisó que un riesgo previsible es aquel que *“de acuerdo con las reglas de la ciencia, con las experiencias y con los sucesos históricos, es susceptible de ocurrir dadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo”.*

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4828 de 2008 y demás normas concordantes, son tres las condiciones que deben analizarse inicialmente frente a los riesgos derivados de la contratación estatal:

- 1. LA IDENTIFICACIÓN Y PREVISIBILIDAD**, entendida como la posibilidad de precaver la ocurrencia del riesgo e identificar las circunstancias en las que sobrevendrá. De conformidad con la normatividad vigente, una entidad pública no debe ocuparse del análisis de los riesgos imprevisibles.
- 2. LA ESTIMACIÓN O CUANTIFICACIÓN:** consistente en el ejercicio de tasación o determinación del valor del riesgo y de la posible afectación de la ecuación financiera del contrato, generada por su ocurrencia.
- 3. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO:** hace referencia a la asignación de la cuantificación del riesgo a cada una de las partes del contrato.²²

²¹ *Los riesgos de la contratación estatal.* ÁLVARO DARÍO BECERRA SALAZAR. Editorial Leyer, año 2008. Bogotá, D. C. “(...) Una vez descrito y valorado el riesgo, se debe proceder a señalar a la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia de la eventualidad (...)”.

²² *Los riesgos de la contratación estatal.* ÁLVARO DARÍO BECERRA SALAZAR. Editorial Leyer, año 2008. Bogotá, D. C. “(...) Una vez descrito y valorado el riesgo, se debe proceder a señalar a la parte contractual que debe afrontar, superar y financiar los efectos de la ocurrencia de la eventualidad (...)”.

Existen riesgos derivados de los contratos estatales que pueden ser amparados a través de diversos mecanismos de cobertura, constituidos y aprobados en los términos de ley.

La denominación general de estos mecanismos es la de “garantía”. La Corte Constitucional, en su Sentencia C-648 de 2002, al referirse a la naturaleza de dichas garantías, consideró:

“El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de

protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros”.

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, señaló que las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el Decreto 4828 de 2008 para el efecto.



El artículo 2 del Decreto 4828 de 2008 definió el mecanismo de cobertura del riesgo como *“el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante”, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros:*

- *La seriedad de su ofrecimiento.*
- *El cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación.*
- *La responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas.*
- *Los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.*

El mecanismo de cobertura del riesgo es por regla general indivisible, y sólo en los eventos previstos en el Decreto 4828 de 2008, la garantía otorgada podrá ser dividida por etapas contractuales.

De conformidad con la norma aludida existen varios mecanismos de cobertura del riesgo:

1. Póliza de seguros
2. Fiducia mercantil en garantía
3. Garantía bancaria a primer requerimiento
4. Endoso en garantía de títulos valores
5. Depósito de dinero en garantía.

En los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, cartas de crédito stand by expedidas en el exterior.



El monto, vigencia y amparos o coberturas de las garantías serán determinados por la entidad contratante teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir y las disposiciones legales.

Tal como lo determina el Decreto 4828 de 2008, la garantía debe amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso.

A. La garantía de seriedad de la oferta²³ cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:

1. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

2. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

3. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

4. El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

5. La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación, previstos como requisitos de legalización del contrato.

El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en el pliego de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

En el caso de licitaciones para la concesión de espacios de televisión, el monto mínimo de la garantía ascenderá al uno coma cinco por ciento (1,5%) del valor total estimado del espacio licitado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre uno (1'000.000 smlmv) y cinco millones de salarios mínimos

²³ Artículos 4° y 7° del Decreto 4828 de 2008.

legales mensuales vigentes (5'000.000 smlmv), incluso, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre cinco (5'000.000 smlmv) y diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10'000.000 smlmv), incluso, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos coma cinco por ciento (2,5%) del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto exceda de diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10'000.000 smlmv), el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) del presupuesto oficial estimado.

B. La garantía de cumplimiento de las obligaciones²⁴ cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) La no inversión; (ii) El uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, éstos deberán tasarse en dinero en el contrato.

El valor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

2. Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

El valor de esta garantía deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de pago



²⁴ Artículos 4º y 7º del Decreto 4828 de 2008.

anticipado, en dinero o en especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

3. Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado.

Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.

El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria y, en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquél. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

El valor de esta garantía no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y tres años más.

5. Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. La vigencia no será inferior a cinco (5) años, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.

6. *Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y el correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidos para el respectivo bien o equipo.*

El valor de estas garantías se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

Su vigencia deberá establecerse con sujeción a los términos del contrato y cubrir por lo menos el lapso en que de acuerdo con la legislación civil o comercial el contratista debe responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.

7. *Calidad del servicio. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.*

El valor y la vigencia de estas garantías se determinarán en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

8. *Responsabilidad extracontractual: la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.*

Cuando la entidad contratante autorice previamente la subcontratación se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos o, en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto.





El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 smlmv) al momento de la expedición de la póliza. La vigencia de esta garantía se otorgará por el período de ejecución del contrato.

FINALMENTE...

Es importante recordar que el artículo 3º del Decreto 2474 de 2008, parágrafo 2º, fijó la obligación a cargo de la entidad contratante, de ajustar el documento de estudios previos, en coherencia con las modificaciones que se presenten en el pliego de condiciones.

Este ejercicio le permite establecer a las entidades públicas el nivel de los ajustes realizados, protegiendo a la ciudadanía interesada en los procesos de contratación, de cambios sustanciales en los mismos que afecten tanto el principio de planeación como el de igualdad.

En caso de que la modificación de los elementos mínimos señalados en el aludido artículo implique cambios fundamentales, la entidad, atendiendo lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

Pese a que existe la posibilidad de la revocatoria directa del acto de apertura del correspondiente proceso de contratación, el principio de responsabilidad, consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, prevé que las entidades y los servidores públicos respondan cuando hubieren abierto convocatoria sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Esta misma responsabilidad aplica para la celebración de un contrato de forma directa, es decir, sin que medie convocatoria pública, cuando no se han elaborado los estudios, diseños o análisis necesarios²⁵.

²⁵ Fallo de segunda instancia de 12 de junio de 2009, proferido por la

PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA

LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Radicación: 138-07429-06. "(...)"

No puede entonces excusarse la conducta desplegada por la disciplinada en una pretendida atipicidad de la misma, toda vez que el principio de la planeación, desarrollado por el principio de economía de la contratación estatal, implica, según ha quedado ampliamente explicado, la realización de estudios previos serios, completos y definitivos que tengan estricta relación con el objeto a contratar y que no pueden ser fruto de la improvisación o imprevisión de la entidad que realice dicho proceso (...)"

Se reitera la invitación a todas las entidades públicas, sin importar el régimen de contratación que apliquen, a institucionalizar los procedimientos de elaboración de los estudios previos de las contrataciones que realicen, optimizando los resultados conseguidos en la gestión contractual.

Asimismo, se invita a las entidades públicas no sometidas al Estatuto Contractual a publicar los documentos de estudios previos y demás soportes de las contrataciones que adelanten, bien sea en su página web o demás medios idóneos, para garantizar la publicidad y transparencia de sus actuaciones.



