

MEMORIAS

Centro de Estudios Jurídicos
Gerencia Jurídica Pública
2012

Conferencista
Dr. Jorge Hernán Beltrán Pardo

*Visión práctica de la reforma
legal y la reglamentación del
estatuto general de contratación
de la administración pública*



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ D.C.

Gustavo Petro U.

SECRETARIO GENERAL (E)

José Orlando Rodríguez Guerrero

DIRECTOR JURÍDICO DISTRITAL (E)

Luis Eduardo Sandoval Isdith

SUBDIRECTORA DISTRITAL DE ESTUDIOS E INFORMÁTICA JURÍDICA (E)

Martha Liliana Soto Iguarán

AUTOR

Jorge Hernan Beltran Pardo

ASESORA DE DISEÑO Y LOGÍSTICA DE LOS EVENTOS DEL SERVICIO JURÍDICO DEL DISTRITO

María Eugenia Mejía Ospina

APOYO

Andrés Gerardo Rodríguez Castillo

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Juan Camilo Monroy Parra

IMPRESIÓN

Subdirección Imprenta Distrital – D.D.D.I.

ISBN: 978-958-717-153-2

Mayo de 2013

Bogotá D.C.

2214100-OT-041 VERSIÓN 01

Contenido

INTRODUCCIÓN	5
La reforma de la Contratación Estatal: eficiencia con transparencia Mayo 23 de 2012	7
Riesgos previsibles en el Decreto 734 de 2012, a la luz del documento CONPES 3714 de 2011	64
Análisis de las Modalidades de Selección Agosto 22 de 2012	90
El Registro Único de Proponentes - RUP Octubre 3 de 2012	128
Estatuto Anticorrupción y Otros Aspectos Octubre 24 de 2012	155
Taller Práctico sobre el Registro Único de Proponentes Noviembre 20 de 2012	181
ANEXO 1 Publicidad y sistema electrónico para la Contratación Pública – SECOP, en el Decreto 734 de 2012. Julio 25 de 2012	196
ANEXO 2 Taller práctico sobre el Registro Único de Proponentes – RUP Noviembre 20 de 2012	209

INTRODUCCIÓN

Mediante el Decreto 654 de 2011, se adoptó el Modelo de Gerencia Jurídica Pública en la Administración Distrital, entendido como un sistema de gestión, orientación y control a la gestión en el ámbito jurídico, que define marcos de política pública en relación con la prevención del daño antijurídico, los asuntos normativos distritales, los conceptos jurídicos, el control disciplinario, la defensa judicial, la contratación pública, las personas jurídicas sin ánimo de lucro, los estudios y la informática jurídica a las entidades, organismos y órganos en el Distrito Capital; y que se orienta a resolver problemáticas y discusiones jurídicas con una visión omnicomprensiva y a largo plazo, que posibilite políticas claras, de reacción inmediata, pero estructuradas.

Dicho modelo se desarrolla sobre dos ejes fundamentales, a través de claras líneas de acción que interactúan entre sí:

2.1. Prevención del Daño Antijurídico. Definición de políticas desde una doble perspectiva: Una interna, que abarca la eficacia y eficiencia en el desarrollo de las actividades misionales y otra externa, que busca orientar la actividad particular garantizando el cumplimiento de la legislación vigente que les es aplicable.

2.2. Defensa judicial. Estructuración de estrategias unificadas y calculadas, coordinación interinstitucional para la materialización de dichas directrices, seguimiento de procesos judiciales y elaboración de estadísticas confiables, asesoría e investigación de la gestión jurídica, y tecnificación de labores de archivo y seguimiento.

Estas líneas de acción a su vez, se materializan en planes de gestión concretos que se sirven de importantes herramientas tales como: sistemas de información jurídica en red, realización de diagnósticos y estudios que fortalezcan la gestión jurídica, emisión de doctrina distrital a través de conceptos, expedición de normas específicas que den solución a vacíos del sistema jurídico y a problemas materiales concretos, y capacitación a funcionarios y ciudadanos.

Como parte del dispositivo de orientación y actualización de los abogados que integran la Abogacía General del Servicio Jurídico del Distrito Capital, para optimizar el ejercicio cualificado de la profesión en las diferentes áreas jurídicas, en la perspectiva de la defensa judicial y en la de servicios consultivos y administrativos, se desarrollan los Centros de Estudios de Gerencia Jurídica Pública, con el fin de analizar y estudiar las problemáticas más importantes de la Administración Pública en materia jurídica, de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico de interés para el Cuerpo de Abogados del Distrito Capital.

En este quinto módulo del Centro de Estudios Jurídicos se abordarán a lo largo de siete (7) jornadas mensuales, los temas relacionados con los principales aspectos recogidos por el recientemente expedido Decreto 734 de 2012, *“Por el cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, teniendo en cuenta que en el marco de la planificación de la contratación, así como de la intervención en los procesos contractuales de los (las) servidores (as) y contratistas de las distintas áreas de las entidades, órganos y organismos distritales, se requiere de una permanente orientación y actualización de conocimientos, a efectos de cumplir con la ejecución efectiva del presupuesto distrital.

Las conferencias estarán a cargo del doctor Jorge Beltrán Hernán Beltrán Pardo, abogado egresado de la Universidad del Rosario, especialista en derecho contractual de la misma universidad, y en Compraventa Internacional, Comercio Electrónico y otros problemas actuales del derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), quien se ha desempeñado como Abogado y Asesor, de varias entidades públicas del orden nacional así como Jefe de Contratos y de la Oficina Jurídica (e) del ICBF, Asesor y Consultor del Departamento Nacional de Planeación, Asesor Externo de la Superintendencia de Puertos y Transporte, y del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), así como consultor y asesor de distintas entidades estatales y proponentes a nivel nacional.

Como asesor y consultor del Departamento Nacional de Planeación (DNP), hizo parte del equipo técnico que redactó e impulsó la reforma al Estatuto General de Contratación a través de leyes como el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) y el Decreto Ley Antitrámites 019 de 2012, y corredactor de su reglamentación (Decreto 734 de 2012). De la misma manera, integró el equipo responsable de la regulación de las asociaciones público privadas APP (ley 1508 y decreto 1467 de 2012).

Apoyó la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO), la creación de la Agencia Nacional de Contratación, e integró la comisión del Estado colombiano en la Red Interamericana de Compras Gubernamentales en la sesión Subregional en Quito- Ecuador y como panelista en la VII Conferencia Anual en Santo Domingo – República Dominicana.

Ha sido conferencista invitado por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, el Departamento Nacional de Planeación, la Procuraduría General de la Nación, la Cámara de Comercio de Bogotá y Medellín, Legis S.A., la Cámara Colombiana de la Infraestructura, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, distintas entidades públicas a nivel nacional y las universidades de Manizales, Rosario, Nacional, Sabana, ESAP (presencial y por Televisión) y Santo Tomas, entre otros.

La reforma de la Contratación Estatal: eficiencia con transparencia Mayo 23 de 2012

“El lenguaje de la verdad debe ser, sin duda alguna, simple y sin artificios”

Lucio Anneo Séneca

Erróneamente se ha creído en el ámbito público que entre más dificultades burocráticas o requisitos sin sentido que se impongan en los trámites administrativos mejor gestión se realiza o más se combate la corrupción. Por el contrario, lo que ha enseñado la práctica contractual es que entre más sencillos sean los trámites a adelantar y más claras sean las pautas de juego, más eficiente y más transparente es la gestión, lo que a eso denomino en lo personal el poder de lo simple. No en vano, el Decreto Ley Antitrámites 019 de 2012 establece como uno de sus principios orientadores en distintas materias incluida la contractual, el de simplicidad¹.

En este sentido, el Gobierno Nacional hizo un gran esfuerzo en reformas profundas y de gran envergadura tales como establecer medidas contra la corrupción²; contra la ineficiencia³ producida algunas veces por malas prácticas, por malos criterios de servidores públicos de turno o por inaplicabilidad de la ley; creación de una entidad rectora en contratación que hiciera política (pública claro está)⁴; reorganización de la necesaria reglamentación contractual que por su dispersión y fallos jurisprudenciales generaban incertidumbre jurídica, unificándose en un solo cuerpo normativo, dinámico, actualizable, que permita a los operadores jurídicos encontrar la reglamentación siempre en el mismo decreto⁵.

Sobre estas reformas nos referiremos de manera muy general intentando explicar la finalidad perseguida con esta reforma, las herramientas generadas para su mayor y mejor comprensión⁶, y unas recomendaciones prácticas que faciliten la labor cotidiana de los operadores jurídicos de la contratación estatal.

¹ Decreto Ley 19 de 2012, Artículo 6. SIMPLICIDAD DE LOS TRÁMITES. Los trámites establecidos por las autoridades deberán ser sencillos, eliminarse toda complejidad innecesaria y los requisitos que se exijan a los particulares deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

Las autoridades deben estandarizar los trámites, estableciendo requisitos similares para trámites similares.

² Ley 1474 de 2011

³ Decreto Ley 19 de 20

⁴ Decreto Ley 4170 de 2011

⁵ Decreto 734 de 2012

⁶ Conpes 3714 de 2011, Manual explicativo de los TLC's entre otros

Consideraciones generales

Luego de una época de confusión e incertidumbre normativa en lo que refiere a la reglamentación de la contratación pública, el decreto 734 de 2012 surge como una respuesta del Gobierno Nacional a la necesidad a gritos que teníamos los operadores jurídicos de contar con una reglamentación clara, ordenada, precisa y ajustada al entendimiento que sobre la Ley fijó el H. Consejo de Estado.

Bajo este entendido, el Decreto 734 de 2012 (en adelante Reglamentación) organizó temáticamente los asuntos sujetos a regulación de manera que cada título agrupa un eje, de ahí el sistema de numeración adoptado. En efecto, si se observa con detenimiento el novedoso sistema de numeración obedece a la ubicación del artículo de acuerdo al tema que reglamenta de forma tal que antecede al número del artículo su ubicación en el título, capítulo, sección y subsección.

Ejemplo de lo anterior es la subasta inversa. Si deseamos encontrar la numeración del artículo correspondiente a la subasta inversa, tenemos que ubicar primero el tema. La subasta es una forma de selección abreviada que a su turno es una modalidad de selección. En consecuencia, de acuerdo a la organización temática del decreto, el título III es el correspondiente a modalidades de selección, donde el capítulo II es el relativo a la selección abreviada; a su turno la sección primera corresponde a la contratación de bienes y servicios uniformes de manera que la primera subsección corresponderá a las subastas inversas, así que la numeración correspondiente de la subasta será 3.2.I.I.I.

Este sistema de numeración no es innovador si se tiene en cuenta que en un sector tan dinámico como lo es el financiero funciona con éxito desde hace muchos años, motivo por el cual, al ser la contratación pública una materia tan cambiante conforme los últimos tiempos, era necesario un sistema de numeración y estructura reglamentaria flexible que permitiera su ajuste continuo como expresamente lo establece la parte considerativa de dicho Reglamento⁷.

En este sentido, la estructura que se dio a la reglamentación sin que se hubiera agotado en esta pues quedan pendientes asuntos por reglamentar como la definición de Mipymes acordes a la facturación⁸, las compras en grandes almacenes establecidas para la mínima cuantía en el estatuto anticorrupción; los acuerdos marco de precios; las

⁷ Decreto 734 de 2012. “Que en vista de lo anterior, es indispensable que el Gobierno Nacional expida un Reglamento del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el cual se recojan, en un solo cuerpo normativo, las reglas necesarias para el adelantamiento de los procesos contractuales, de los contratos y otros asuntos relacionados con los mismos y que, en atención a la dinámica de la materia a reglamentar, permita las actualizaciones y ajustes continuos necesarios”.

⁸ Ley 1450 de 2011, Artículo 43 Plan Nacional de Desarrollo.

facultades, funciones y responsabilidades de la supervisión e interventoría, entre otras; es la siguiente:

TÍTULO I OBJETO

TÍTULO I I DE LA PLANEACIÓN CONTRACTUAL

TÍTULO III MODALIDADES DE SELECCIÓN

TÍTULO I V PROMOCIÓN AL DESARROLLO Y PROTECCIÓN DE LA INDUSTRIA NACIONAL

TÍTULO V GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÍTULO V I REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES – RUP

TÍTULO V II DEL SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

TÍTULO V III OTRAS DISPOSICIONES

TÍTULO IX VIGENCIA Y DEROGATORIAS

En el decreto 734 de 2012 se recogieron 27 decretos desde el año 1994 sin contar otros que se derogaron previamente producto de la reforma (por ejemplo en materia de concesiones con la ley 1508 se derogó el sistema de iniciativa privada anterior, o la CINCO⁹ con la creación de la Agencia Nacional de Contratación “Colombia Compra Eficiente”).

Uno de los aspectos más relevantes por señalar es que el decreto 734 de 2012 estuvo 3 meses publicado en el SECOP¹⁰ en los cuales la ciudadanía formuló recomendaciones que consideraron pertinentes dentro de las cuales participaron entidades y servidores públicos de distintos niveles territoriales, proponentes, gremios y en general la comuni-

⁹ Comisión Intersectorial de Contratación Pública

¹⁰ www.contratos.gov.co

dad que tuvo a bien hacer las recomendaciones del caso, de manera que esta reglamentación fue producto de recoger la experiencia de los operadores jurídicos de la contratación estatal y del nuevo marco legal que debía ser desarrollado en buena medida por el Gobierno Nacional.

Dentro de los principales cambios estuvieron enfocados los relativos a reducir costos de transacción en la contratación estatal; a minimizar al máximo la exigencia de requisitos o documentos innecesarios al punto que el decreto en algunos casos lo prohíbe taxativamente o establece una única forma de acreditarlos en los procesos de selección para evitar duplicidad de funciones y descargar a la administración pública de cargas innecesarias; a clarificar la necesidad de determinadas exigencias prácticas y normativas indispensables para la transparencia y la eficiencia; a articular la normativa vigente con los Tratados de Libre Comercio (TLC) y otros acuerdos comerciales de carácter obligatorio por su fuerza vinculante, entre otros aspectos relevantes que se señalarán a continuación.

Principales cambios

En esta reglamentación se desarrolla el contenido normativo de 8 leyes¹¹ y 2 decretos con fuerza de ley¹² que componen o complementan según el caso, de manera directa el Estatuto General de Contratación Pública (EGCAP) de manera puntual en aspectos que resultan indispensables precisar a efectos de evitar distorsiones en su interpretación por parte de los distintos actores de la contratación estatal (entidades, proponentes, ciudadanía y entes de control).

Entre otros aspectos, se destacan los siguientes:

Planeación y publicidad:

En materia de planeación se hace énfasis en el fortalecimiento de esta etapa obligando a la administración por una parte, a hacer los planes de adquisiciones de bienes, servicios y obras¹³ que se deben publicar en el SECOP a más tardar al 31 de enero de la respectiva vigencia, retomando lo que disponían los planes de compra creados inicialmente en el Sice y que producto de su derogatoria en el Decreto Ley 19 de 2012 se revive con una finalidad ya no de control sino de gestión.

De la misma manera, en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 se obliga a la maduración de proyectos que no es otra cosa que antes de iniciar la contratación respectiva contar

¹¹ Leyes 80 de 1993, 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1150 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011.

¹² Decretos Leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012.

¹³ Ley 1474 de 2011, Artículo 74 y Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.19.

con los estudios sociales, económicos y ambientales mínimos, incluso cuando se contratan los estudios y diseños¹⁴.

Se esta etapa se destacan como principales cambios introducidos por la reforma entre otros, los relativos a la estructuración del estudio previo donde ahora se deben indicar los TLC aplicables a la contratación y la obligatoriedad de publicar en el Secop los ajustes que se hagan a los estudios y documentos previos.

Aunque el Decreto 734 de 2012 no lo mencionó, la Ley 1474 de 2011 estableció en el parágrafo 1º del artículo 83, la obligación de las entidades estatales de incluir en sus estudios previos de procesos de mayor cuantía el pronunciamiento de si requiere o no interventoría en vez de supervisión, lo que es relevante determinar para establecer la conveniencia y oportunidad de adelantar la contratación respectiva de interventor cuando se requiera en contratos de mayor cuantía.

De la misma manera, se resalta la reformulación del concepto de riesgo previsible establecida en el artículo 2.1.2 el cual se articuló con lo dispuesto en el Conpes 3714 de 2011 que trae una metodología a implementar por las entidades a este respecto y que se desarrollará más adelante.

De otra parte, en materia de publicidad, se incorporan más documentos en la lista de chequeo a publicar en el SECOP tales como cesiones, actas y otros documentos con miras a enviar un mensaje a las entidades sobre su deber de garantizar la totalidad de la publicidad de la información contractual a través de este sistema.

De igual forma, se refuerza el deber de publicidad en el SECOP estableciendo en el parágrafo primero del artículo 2.2.5 la sanción disciplinaria por la “falta de publicación” en el SECOP, lo que significa que las entidades serán sancionadas cuando NO publiquen en el portal de contratación. Sobre este particular es de resaltar que el retardo en la publicación generará también responsabilidades en la medida en que su demora haya transgredido los principios de la contratación pública¹⁵ pues no reviste la misma gravedad el retardo de la publicación de una acta de reinicio a una adenda

¹⁴ Se entienden incluidos los contratos denominados llave en mano o de objeto mixto que incluye estudios diseños y construcción por ejemplo, los cuales deben contar con una planeación suficiente que cuente con unos insumos mínimos para adelantar la contratación de manera efectiva.

¹⁵ “El deber de publicar la información contractual en el Secop debe cumplirse obligatoriamente para los procesos y contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro del término previsto en la normativa vigente. No obstante lo anterior, si no se hiciera dicha publicación dentro del mismo y siempre que no vulnere el principio de libre concurrencia ni constituya causal de nulidad, es posible sanear ese requisito haciendo la respectiva publicación en el Secop. Los convenios interadministrativos no sometidos al estatuto contractual, como los sometidos al régimen de la Ley 489 de 1998, NO están obligados a ser publicados en el Secop. No obstante lo anterior, voluntariamente es posible publicarlos en dicho portal a través de las funcionalidades dispuestas para tal efecto.” Concepto DNP 20128010000031 del 2 de Enero de 2012.

De la misma manera, se obliga a que todo lo referente a la enajenación de bienes del Estado se divulgue a través del SECOP de manera obligatoria y centralizada en dicho portal.

Por otra parte, se articula el concepto de Subsanabilidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado, de manera que se reitera la posibilidad de subsanar los requisitos habilitantes del proponente¹⁶, la imposibilidad de aceptar la modificación de la oferta (técnica o económica) o circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre, y la prohibición de enlistar los requisitos que son y no son subsanables habida cuenta que esto ya fue definido por la Ley y el Reglamento, ratificando la importancia de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

También se estableció en el Reglamento la imposibilidad de fijar precios “piso” a partir de los cuales algunas entidades establecían causales de rechazo objetivas por recibir ofertas muy económicas sin consultar la estructura real de costos del proponente y la posibilidad de lo competitivo que éste podía ser (Artículo parágrafo 1º del artículo 2.2.10)

El requisito de diligenciar el Formato único de Hoja de Vida establecido en la Ley 190 y desarrollado en el artículo 227 del Decreto Ley 19 de 2012, es solo exigible a los contratos de prestación de servicios y no a los demás contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, motivo por el cual dichos oferentes no están obligados diligenciar el Formato ni la entidad a exigirlo.

El requisito de presentar la declaración de bienes y rentas fue establecido por la Constitución Política y la Ley 190 de 1995 para los servidores públicos, motivo por el cual no hay sustento legal para exigirlo a los contratistas tal y como lo ha señalado el DAFP mediante concepto 20106000099661 del 19 de noviembre de 2010, en el cual atendiendo esta inquietud formulada por el Departamento Nacional de Planeación respondió que:

“(...) De conformidad con las normas antes señaladas, el requisito de presentar la declaración de bienes y rentas fue establecido por la Constitución Política y la Ley 190 de 1995 para los servidores públicos.”

Lo anterior fue ratificado en el Decreto Ley 19 de 2012 en su artículo 227 en el cual deja claro que esta exigencia de declaración de bienes aplica únicamente a servidores públicos.

En cuanto a la información incluida el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República, dicha entidad ha manifestado por medio de la Circular 005 de febrero 25 de 2008¹⁷ que la ciudadanía no tiene el deber de aportar los antecedentes fiscales, sino que debe realizarlo la administración pública.

¹⁶ Posibilidad de subsanar experiencia del proponente, de su equipo de trabajo (incluso reemplazándolo) salvo en concurso, y los demás requisitos habilitantes siempre que la condición habilitante se haya dado u obtenido con anterioridad al cierre del proceso y recibo de ofertas.

¹⁷ “Con fundamento en las normas antes transcritas (Ley 610 de 2000, resolución orgánica 5677 de 2005) y el concepto 80112 EE17341 de veintidós (22) de marzo de 2006, emitido por la Oficina Jurídica

En lo que tiene que ver con los antecedentes disciplinarios, la Ley 1238 de 2008¹⁸ ha dispuesto que la Procuraduría General de la Nación garantizará la información electrónica sobre la Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados a través de la página web de la entidad.

Por su parte, el Decreto Ley 19 de 2012 en su artículo 93 suprimió la exigencia del certificado de antecedentes judiciales en los siguientes términos:

“ARTICULO 93. SUPRESIÓN DEL CERTIFICADO JUDICIAL. A partir de la vigencia del presente Decreto-Ley, suprimase el documento certificado judicial. En consecuencia, ninguna persona está obligada a presentar un documento que certifique sus antecedentes judiciales para trámites con entidades de derecho público o privado.”

En el artículo 94 se dispuso que las entidades podrían verificar esta información a través de medios electrónicos que actualmente se realizan en la página web de la Policía Nacional.

Lo anterior permite concluir que es la entidad pública la encargada de realizar la consulta sobre posibles inhabilidades para celebrar contratos con el Estado, no siendo obligación del oferente adjuntarlos en momento alguno.

Igualmente el artículo 223 del decreto 019 de 2012, aclarado mediante decreto 53 de 2012, dispone lo siguiente:

“ELIMINACIÓN DEL DIARIO UNICO DE CONTRATACIÓN. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, 105 artículos 59, 60, 61 Y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007”.

De lo anterior se deduce que al día de hoy no existe disposición legal que faculte a las entidades públicas a exigir a los contratistas de las entidades estatales publicar los contratos en las gacetas departamentales o municipales.

de esta Entidad, la obligación de comprobar la información contenida en el Boletín de Responsables Fiscales corresponde a la administración pública y no a los particulares. Por lo tanto, la verificación de quien aparece en el Boletín de Responsables fiscales, la deben realizar los funcionarios que tienen a su cargo esta obligación. En consecuencia, se informará a la ciudadanía que no tienen el deber de solicitar este documento, por cuanto ello lo debe realizar de manera directa la administración pública.”

¹⁸ ARTÍCULO 1. “La Procuraduría General de la Nación garantizará de manera gratuita la disponibilidad permanente de la información electrónica sobre Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados por el interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.”

En procesos de selección cuyo objeto no sea la contratación de obra pública, no se puede exigir K residual.

La idea es eliminar requisitos que limitan el acceso de los proponentes a la contratación pública.

Modalidades de Selección

En materia de modalidades de selección entre los principales cambios se tienen los siguientes:

Licitación

En materia de Licitación Pública, entre otros, se ajustó la definición de la conformación dinámica de la oferta acorde a lo señalado por el H. Consejo de Estado así como se reincorporó la figura de la relación costo beneficio producto de la modificación surtida en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

Se unifican las audiencias de riesgos y la de aclaraciones producto de la modificación introducida al artículo 30 de la Ley 80 por parte del Decreto Ley 19 de 2012, así como se eliminan las publicaciones de avisos en prensa las cuales fueron reemplazadas por la del aviso de convocatoria que fue reglamentado por el decreto 734 de 2012, generando un ahorro económico al Estado aun por valorar.

De otra parte, en el Reglamento se elimina la obligación de reportar licitaciones a las Cámaras de Comercio del País que venía de la Ley 80 de 1993 y la cual había sido eliminada en la Ley 1150 en su artículo 6º que no reproducía este reporte establecido originalmente en el artículo 22 de la Ley 80, pero que en el Decreto 2474 de 2008 se mantenía en un párrafo del artículo 8º y que en la actualidad ya fue eliminado por el Decreto 734 de 2012, toda vez que el mecanismo más idóneo y efectivo para comunicar la apertura de convocatorias públicas hoy por hoy resulta ser el SECOP.

Así mismo, se reglamentó la expedición de Adendas tanto en Licitación como en otras modalidades de selección.

Respecto de la Licitación se precisó de manera muy afortunada lo que se debe entender por día hábil y horario laborable a efectos de la expedición de estas modificaciones al pliego en la cual se estandarizó en el Decreto 734 de 2012 que debía entenderse “por días hábiles y horarios laborales únicamente para la expedición y publicación de adendas en la Licitación Pública, los días de lunes a viernes no feriados de 7:00 am a 7:00 pm” de manera que se prohíbe a través del reglamento, que algunas entidades programen días hábiles un domingo o un horario laborable a las 10 pm cuyos casos que observé en el SECOP no son de mencionar aquí.

Respecto de las demás modalidades de selección, vale decir, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Mínima Cuantía, se mantuvo la prohibición de su expedición el mismo día del cierre.

Lo anterior, significa que las adendas en ningún caso pueden expedirse el día del cierre y menos aún después del mismo, por lo que llama la atención la manera como muchas entidades utilizan las Adendas para prorrogar los plazos de los procesos contractuales cuando expresamente el artículo 8.I.14 del Reglamento que establece que las prórrogas de los pazos posteriores al cierre del proceso se realizarán mediante acto de trámite contentivo de la modificación, vale decir, aviso, resolución, o cualesquier otras formas que revista el acto administrativo de trámite, lo que implica además que no proceden recursos contra el mismo.

Selección Abreviada

Entre los cambios más importantes que sufrió la selección abreviada fue la de prescindir de publicar borrador de pliego cuando se ha declarado un procesos de selección anterior desierto para todas las causales de Selección Abreviada.

Adicionalmente para la de menor cuantía se obligó a que desde el pliego de condiciones se establezca si la entidad va a hacer el sorteo de interesados. Por su parte, se realizaron otros ajustes a la contratación de comisionistas de bolsas de productos indicando que el procedimiento competitivo no se limitaría únicamente a precio como ocurría antes y otros ajustes en lo referente a la de seguridad y defensa nacional.

Sin embargo, tal vez la causal de selección abreviada que hay que destacar más en este documento es la subasta inversa. En efecto, se estableció en el decreto la obligación de establecer 2 rangos de mejora de oferta, vale decir, el de puja cuando hay mínimo 2 oferentes y otro distinto relativo a la negociación con el único habilitado. En efecto, tradicionalmente en la subasta el pliego establece un rango mínimo de mejora de la oferta para que las pujas sean activas y garanticen a la administración contar con un precio razonable para la administración pública. Sin embargo, considerando que hay subastas en las cuales solo queda un proponente habilitado, y que el Consejo de Estado se pronunció sobre la imposibilidad de aceptar otras ofertas en desarrollo de la subasta¹⁹, se incorporó un novedoso mecanismo de negociación directa con el único habilitado a través del establecimiento de un rango de negociación que debe estimar el valor o porcentaje al que se hubiera podido llegar a través de una puja con otro oferente, motivo por el cual, no es ni debe ser el mismo rango de puja asignado a la mejora sucesiva de las ofertas, sino que debe ser un monto superior a éste para que la negociación tenga sentido y se obtenga la eficiencia esperada. Evidentemente, el rango de precio esperado de la negociación directa debe ser razonable y partir de la base de un estudio de mercado

¹⁹ Consejo de Estado, Rad. 2009-00101-00(36.054), sentencia del 14 de abril de 2010, CP Enrique Gil

juicioso y serio, que no se limite a la acostumbrada solicitud de 3 cotizaciones solamente que a veces no resulta ser tan confiable.

Adicionalmente, en la subasta se incluyó la posibilidad de volver a reabrir el término para presentar ofertas cuando no se haya presentado ni un solo proponente para que se intente “salvar” el proceso contractual en esta nueva etapa, lo que respeta lo señalado por el Consejo de Estado en cuanto a no violar el derecho a la igualdad, permitiendo a las entidades salvar el proceso si se encontrasen interesados en esta nueva etapa, para lo cual, será posible en mi sentir, hacer los ajustes correspondientes al pliego de condiciones dentro de los plazos y términos legales perentorios para el efecto a través de las Adendas que se requieran respetando de nuevo el plazo máximo para su expedición de cara a la nueva fecha de cierre.

En materia de enajenación de bienes el cambio más importante para resaltar es la obligación de publicar en el SECOP ya antes referida en el acápite de publicidad.

Concurso de Méritos

En materia de la contratación de consultoría cuya definición legal se hace en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁰, la modalidad para contratarla que es el concurso de méritos (o la mínima cuantía cuando su valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad contratante), sufrió algunas modificaciones tendientes a aclarar la forma en que deben adelantarse estos procesos con miras a corregir malas prácticas dadas por la falta de un adecuado entendimiento del procedimiento contractual.

Al respecto, en el SECOP se puede constatar como la mayoría de las entidades estatales adelanta la precalificación sin requisitos calificables de manera que conforma la lista de precalificados mediante mecanismo de sorteo o con aplicación de alguno de los criterios de desempate establecidos en el Título IV del Reglamento.

La anterior situación, fue abordada por el nuevo reglamento en el cual se evidencian sutiles ajustes que tienden a dar fuertes claridades sobre este particular. En efecto, el artículo 3.3.3. del reglamento establece que en la precalificación se “verificará el cumplimiento de los requisitos habilitantes, y posteriormente valorará la información allegada con la

²⁰ “20. 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.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

expresión de interés a partir de los criterios señalados en el aviso de convocatoria pública” (negritas fuera de texto) motivo por el cual, se aclara que la precalificación es la instancia apropiada en la cual se debe hacer la verificación de todos los requisitos habilitantes del proponente²¹, de manera que al concurso propiamente dicho lleguen únicamente los proponentes que cumplan con esas condiciones mínimas de participación.

Por su parte, en la nueva redacción se evidencia la necesidad de “valorar” las condiciones que acrediten los interesados en conformar la lista de precalificación. Para estos efectos, la misma disposición indica con claridad cuáles son esas condiciones que deben ser objeto de valoración por parte de la entidad, es decir, que mediante otorgamiento de puntajes se pueda construir meritocráticamente la lista de elegibles en orden descendente para identificar cuáles son los mejores 6 o 10 interesados según se trate de propuesta técnica detallada o simplificada.

En efecto, la disposición antes referida indica que se deben valorar en esta etapa los siguientes criterios:

- a) Experiencia general, relevante y suficiente en las áreas requeridas en el objeto a contratar que asegure la idoneidad del futuro proponente para su ejecución. Esta experiencia no hace alusión a la mínima habilitante que debe acreditarse para los requisitos mínimos certificados por el RUP, sino que es aquella experiencia general *adicional* a esa mínima aportada por el interesado para participar.
- b) Estructura y organización del interesado en cuanto a los recursos técnicos, humanos y físicos de que dispone. Para estos efectos habrá de considerarse límites a los ofrecimientos de manera que se eviten aquellos de extensión ilimitada (art. 24 Ley 80) que no guardan proporcionalidad con el objeto a contratar (Art. 5º Ley 1150).

Adicionalmente, la norma dispone la posibilidad de tener en cuenta otros criterios, como la capacidad intelectual, el cumplimiento de contratos anteriores y similares, las buenas prácticas, reconocimientos, o cualquier otro elemento de juicio que le permita a la entidad contratante identificar precalificados que puedan ejecutar exitosamente los servicios de consultoría de que se trate.

En consecuencia, en el concurso de méritos debe valorarse las calidades e idoneidad de los interesados las cuales serán objeto de comparación y de selección para integrar la lista de los mejores precalificados.

A su turno en el Reglamento se limitó la vigencia de la lista corta a 6 meses como ya ocurría para la multiusos; se ordenó la obligación de publicar el Informe de evaluación

²¹ Experiencia mínima (probable y acreditada), capacidad jurídica, financiera y de organización (técnica y operacional aunque para consultores no aplica esta última)

por un término mínimo de 3 días en el SECOP para garantizar el principio de contradicción; se dispuso el deber de adelantar Audiencias de aclaraciones en todos los concursos, entre otras modificaciones realizadas a esta modalidad de selección.

De otra parte, conforme la modificación introducida por el artículo 219 del Decreto Ley 19 de 2012 a la Ley 1150 de 2007, la conformación de listas imitadas de proponentes se realizará mediante audiencia pública en la cual se notificarán a todos los interesados, cuyo procedimiento administrativo quedó reglado en el Decreto 734 de 2012, de manera que se corrigió una mala práctica que se daba en este tipo de procesos en la medida en que se hizo expedito el mecanismo de notificación de la decisión adoptada por la entidad para conformar la lista de precalificados.

Finalmente y aunque no se encuentra propiamente en la normativa de las modalidades de selección, respecto de la contratación de los Intermediarios de seguros se estableció que para identificar la modalidad de selección aplicable a esta contratación, se debía calcular el monto del proceso – aunque obviamente a efectos del contrato será sin cuantía en razón de que es la aseguradora la que paga la comisión y no la entidad contratante – con base en el valor presupuestado por la entidad a reconocer por concepto de comisión estimada sobre las primas de seguros a pagar por la entidad (Par. Art 4.1.1).

Contratación Directa

En relación con la contratación directa cabe precisar que su creación es legal y su interpretación debe hacerse de manera restrictiva. Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló que:

“Por lo tanto, la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual puede acudir las entidades públicas para celebrar contratos en determinados eventos tipificados en la Ley, en una forma más rápida, sencilla y expedita para la adquisición de bienes y servicios (...) aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública”²²

El Reglamento actual, mantuvo la estructura de la reglamentación anterior con unos ajustes que son del caso mencionar.

En efecto, dentro de los principales cambios se resalta la no obligatoriedad de la exigibilidad de garantías para este tipo de contratos, lo cual será desarrollado en el acápite de garantías.

Así mismo, se reglamenta por primera vez lo atinente a las restricciones que en materia de garantías electorales se impusieron a la contratación directa a través de la Ley 996 de

²² Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, CP. Ruth Stella Correa Palacio

2005 en el artículo 3.4.2.7.1 en el que se recogieron los pronunciamientos de distintos estamentos sobre la materia, dando pautas claras de la forma como se debe proceder según el tipo de elecciones²³.

Se ratifica la no necesidad de acto de justificación ni de pluralidad de ofertas para la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión conforme lo señalado por el Consejo de Estado²⁴, lo que permite simplificar procedimientos y trámites administrativos innecesarios al interior de las entidades. Sin embargo, es de resaltar que la obligación contenida en el Decreto 2209 de 1998 artículo 3º, sigue vigente en cuanto a la exigencia de acreditar ausencia de personal en planta únicamente cuando se celebran contratos de prestación de servicios con personas naturales.

En efecto, la entidad debe acreditar que con el personal de planta no puede atender ese servicio porque de acuerdo con la organización interna de la entidad, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio o porque requiere un grado de especialidad específico o simplemente porque el personal en la planta de la entidad no es suficiente para atender el objeto a contratar.

En cuanto a la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, resulta ilustrativo el concepto del DNP en la que se distinguieron los contratos de prestación de servicios profesionales de los de apoyo a la gestión así:

“La prestación de servicios puede contratarse para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad únicamente.

*En lo referente a los **servicios profesionales**, para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **cualquier título otorgado por alguna institución de Educación Superior, en atención a lo anteriormente indicado, brinda la profesionalidad necesaria para el desarrollo de actividades a las que su título de formación académica se refiere. Con lo dicho, los Técnicos Profesionales, los Tecnólogos y los Profesionales para efectos de la contratación de servicios***

²³ “Decreto 734 de 2012, Artículo 3.4.2.7.1. Prohibición de la contratación directa en el periodo electoral. De conformidad con lo establecido en la ley 996 de 2005, todas las entidades del estado no podrán hacer uso de la modalidad de selección de contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Para las demás elecciones distintas a las presidenciales, incluidas las elecciones atípicas, las entidades territoriales, adicional a las demás prohibiciones establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, no podrán celebrar contratos o convenios interadministrativos cuando ejecuten recursos públicos, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a tales elecciones”.

Las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, podrán tener lugar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan las reglas aplicables a la materia, dentro del principio de planeación, transparencia y responsabilidad.

Parágrafo. De la restricción a que se refiere el inciso primero del presente artículo se exceptúan las señaladas en el segundo inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005.

²⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero

profesionales, son considerados como profesionales a la luz de la normatividad vigente que rige la materia

En relación con la prestación de **servicios de apoyo a la gestión**, es procedente contratar personas no profesionales y que no desarrollen la actividad como comerciante, para la realización de actividades operativas, logísticas o asistenciales, en atención a la distinción que hizo el Decreto 4266 de 2010, en desarrollo de lo previsto en la Ley 1150 de 2007. Al respecto, cabe precisar que **los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual o de simple ejecución, que con carácter ocasional y para atender fines específicos contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes en el caso de las actividades asistenciales, lo que implica que no puedan contratarse actividades recurrentes ni que impliquen intermediación laboral.**

Adicionalmente debe recordarse que sea profesional o de apoyo a la gestión, el servicio debe contratarse con la **persona que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate**, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De la misma manera, cabe anotar que solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades **no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados según se trate, y únicamente para fines específicos.**

No obstante lo anterior, es preciso señalar que el uso de esta causal de contratación directa es una facultad y no una obligación legal, ya que se da la posibilidad de que las entidades estatales puedan contratar directamente en los taxativos casos enunciados en el presente escrito, lo que **no obsta para que las entidades públicas aun cuando se encuentren bajo las hipótesis contenidas en la norma referida del Decreto 4266 de 2010, en consideración de la cuantía o de la trascendencia de la contratación o de cualquier consideración que desarrolle los principios de la contratación pública, puedan adelantar una de las convocatorias públicas de las establecidas en la Ley 1150 de 2007 (Licitación Pública o Selección Abreviada).**²⁵

Finalmente otro ajuste relevante de distinguir fue el relacionado con la modificación relacionada con el proveedor único fue la aclaración en el Reglamento de que no es una Ley la que da la exclusividad sino el mercado mismo, vale decir, derechos de autor, pacto de exclusividad con el fabricante o cualesquiera otro mecanismo válido e idóneo que permita establecer que ese contratista es el único que puede satisfacer la necesidad de la entidad y que no corresponda a una auto certificación, siempre que no existan sustitutos en el mercado²⁶ para satisfacer la necesidad de la entidad.

²⁵ Concepto DNP No. PRAP-CP-20118010153521 del 10 de marzo de 2011

²⁶ “En cuanto hace a la condición de distribuidor exclusivo, ella será admisible en tanto y en cuanto no se oponga a las normas que protegen el derecho a la competencia. En tal caso bastará con acreditar tal circunstancia, siempre que, desde luego, el estudio previo del proceso de que se trate evidencie la necesidad de contratar específicamente ese producto y la imposibilidad de contar con sustitutos en el

Estos entre otros ajustes a la causal de seguridad y defensa nacional sometida a reserva producto de suspensiones decretadas por el Consejo de Estado, fueron en términos generales los cambios introducidos en esta materia por la reforma en lo que respecta la contratación directa.

Mínima Cuantía

En materia de mínima cuantía se mantiene la misma estructura anterior en particular en lo referente a la exigencia de requisitos habilitantes (solo capacidad jurídica salvo en obra, consultoría y servicios donde se requerirá experiencia, y la financiera solo cuando sea necesario), y como factor de selección el menor precio y en caso de empate se adjudicará al que haya radicado primero en el tiempo.

Sin embargo, producto de dificultades que ha presentado esta modalidad de sección creada en el ámbito del estatuto anticorrupción, el Decreto 734 de 2012 incorporaron 2 novedades que propenden por garantizar el marco de transparencia de los procesos de mínima cuantía, a saber: 1. Obligación de hacer acto público de cierre de la etapa de recibo de ofertas, del cual hay que levantar un Acta que debe publicarse además en el SECOP; y 2. Subsanabilidad de aspectos no sustanciales también aplicable a esta modalidad.

No obstante lo anterior, es importante traer a colación el pronunciamiento que sobre el particular hizo el DNP en materia de observancia del plazo previsto en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 para esta modalidad de selección. En efecto, el DNP señaló²⁷ que a efectos de la contabilización del término para hacer la divulgación del proceso contractual y su cierre debía darse a partir del día siguiente a su publicación, lo que conlleva que la mínima cuantía deba estar cuando menos 3 días a disposición del público en el SECOP, vale decir, un día que es en el que se publica en el portal de contratación el cual no suma a efectos del cómputo del término, otro día para cumplir la divulgación del proceso y otro día para el cierre todos los cuales deben ser hábiles.

En esta modalidad de selección está prohibida la exigencia del RUP, NO es obligatoria la exigencia de garantías, no es necesario hacer matriz de riesgos aunque se debe regular adecuadamente la invitación, y no es necesario hacer contrato, de hecho está prohibido, toda vez que la Ley y el Reglamento son claros en que la oferta y la aceptación constituyen contrato y estos dos documentos son los que deben registrarse presupuestalmente. Ahora bien, si se llegará a hacer una modificación a ese contrato de mínima cuantía no veo ningún inconveniente en que se haga a través de otrosí, adición o prórroga según se trate.

mercado para el efecto.” Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis 2009. Pág. 406.

²⁷ Concepto DNP respuesta a solicitud No. 20116000048292.

Protección a la Industria Nacional

Dentro del marco de las acciones afirmativas introducidas en materia contractual, el reglamento desarrollo en 4 grandes bloques esta temática así:

- Ofertas de bienes y servicios nacionales
- Reciprocidad internacional
- Contratación con Mipymes
- Criterios de desempate

En este sentido a continuación presentaremos un marco muy general de las reformas que a este respecto introdujo el Reglamento.

Ofertas de bienes y servicios nacionales

El Decreto 734 de 2012 define de manera diferencial lo que se entiende por bienes y servicios de origen nacional con el objeto de aplicar las reglas legales tendientes a la protección de la industria nacional mediante disposiciones que establecen condiciones de favorabilidad a este tipo de ofertas tales como puntajes adicionales²⁸ o preferencia en caso de empate²⁹.

En efecto, lo que dispone el Reglamento es que se entiende por Bien Nacional³⁰ aquel que es acreditado como tal mediante un Certificado de origen, que expide la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN conforme al Decreto 2680 de 2009³¹ y las normas que lo complementan.

Por su parte, se entiende que un **Servicio es Nacional**³² cuando aquellos son ofrecidos y prestados por empresas constituidas de acuerdo a la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por personas naturales o jurídicas residentes en Colombia. En materia de oferta de servicios debe tenerse en cuenta lo siguiente:

²⁸ Ley 816 de 2003.

²⁹ Ley 80 de 1993 artículo 21

³⁰ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.2.1. Bienes de Origen Nacional. Para los efectos del artículo 21 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que establezcan condiciones de favorabilidad a las ofertas de bienes de origen nacional, se tendrán en cuenta los criterios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los Bienes Nacionales para el Registro de Productores de Bienes Nacionales establecidos en el Decreto número 2680 de 2009.

³¹ Decreto 2680 de 2009, ARTÍCULO 1-. Bienes Nacionales para efectos del Registro de Productores de Bienes Nacionales. Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente Decreto.

³² Decreto 734 de 2012, Artículo 4.2.2.. Servicios de origen nacional. Para los efectos de la aplicación del parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

En tratándose de personas colombianas, para acreditar la condición de colombiano para las naturales bastará con la presentación de la cédula de ciudadanía y para las personas jurídicas con el certificado de existencia y representación correspondiente.

Cuando un extranjero pretenda solicitar el tratamiento de nacional en su oferta, deberá contar con la correspondiente visa si es persona natural o la sucursal debidamente acreditada en el territorio nacional si se trata de persona jurídica.

Así las cosas, las estipulaciones de los pliegos de condiciones que obligan la acreditación de una oferta colombiana mediante el diligenciamiento de un formulario o a través de la declaración juramentada por parte del proponente, entre otras malas prácticas de algunas entidades estatales, no son mecanismos idóneos, y en consecuencia, su falta de presentación en la propuesta no puede ser motivo para no obtener los puntajes que por Ley se otorgan por este concepto ni la presentación de los mismos para obtenerlos, pues el reglamento definió otro soporte para el efecto.

Reciprocidad internacional

De conformidad con el principio de reciprocidad internacional establecido en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 modificado por el Decreto Ley 019 de 2012³³, se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional en su país de origen, para lo cual deberá consultarse la existencia o no de acuerdo comercial o Tratado de Libre Comercio (TLC) con el respectivo país del oferente extranjero o acreditar que el tratamiento que sin éste se da a las ofertas de bienes y servicios colombianos es igual a los bienes y servicios del país extranjero (sin discriminación de ningún tipo).

Sobre este particular, el Reglamento hizo un avance importante en la materia de articular los compromisos adquiridos mediante TLC con algunos países³⁴ y de simplificar

³³ Decreto Ley 019 de 2012, Artículo 51. DEMOSTRACIÓN DEL TRATAMIENTO A LAS OFERTAS DE BIENES Y SERVICIOS COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR. El parágrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, quedará así:

“Parágrafo. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento”

³⁴ Chile (Ley 1189 de febrero 19 de 2008); Triángulo Norte (Ley 1241 de julio 30 de 2008. Salvador, Guatemala y Honduras); Canadá (Ley 1363 de diciembre 9 de 2009); G2 (México y Colombia); Comunidad Andina (Establece el trato nacional en la adquisición pública de servicios Perú, Ecuador y Bolivia); EEUU (Acuerdo de Promoción comercial); EFTA (European Free Trade Area o en castellano La Asociación Europea de Libre Cambio (AELC). Es un bloque comercial creado el 4 de enero de 1960 por la Convención de Estocolmo como alternativa a la Comunidad Económica Europea (1957) y por los

el trámite de acreditación de la reciprocidad sin TLC para las ofertas provenientes de países con los cuales no hay tal acuerdo comercial.

Sobre el particular, el Reglamento definió 2 formas de acreditar la reciprocidad, es decir, que a la oferta - no proponente- de origen extranjero se de tratamiento de colombiana para todos los efectos, vale decir, otorgamiento de puntajes de la Ley 816, no desempate por su naturaleza extranjera, etc.

En esa medida, el Decreto 734 de 2012 señaló los dos (2) eventos en que opera la reciprocidad, así:

- a) Que Colombia haya negociado trato nacional en materia de compras estatales con dicho país, o*
- b) Que en el país del proponente extranjero, con el que no se hubiere negociado trato nacional, las ofertas de bienes y servicios colombianas, reciban el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales”³⁵*

A continuación vamos a ver cada una de ellas, señalando que la importancia de la reciprocidad radica en que las ofertas extranjeras recibirán el mismo tratamiento en cuanto a factores que otorgan puntaje y criterios de desempate que las ofertas nacionales.

Con TLC o acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas

Aunque explicar este tema puede ameritar un escenario más amplio, en palabras muy sucintas en los acuerdos comerciales y TLC se establecen unos acuerdos que pueden abarcar o no un capítulo de compras públicas. Cuando se incluye este capítulo en las negociaciones se arriban a algunos acuerdos o reglas a incorporar en algunos procesos de contratación adelantados por algunas entidades estatales de cada uno de los países suscribientes tales como publicar en medios electrónicos las convocatorias de los procesos de contratación, reglas de transparencia, de confidencialidad, de publicidad y de plazos entre otros.

El “Manual explicativo de los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales negociados por Colombia para entidades contratantes” señala que:

“Los Acuerdos Comerciales Internacionales negociados y suscritos por Colombia con otros países tienen en la mayoría de los casos compromisos en materia de contratación pública. Dichos compromisos están generalmente recogidos en capítulos individuales, cuyo objetivo es brindar a las empresas colombianas y las de nuestros socios comerciales, procedimientos transparentes y no discriminatorios en los procesos de contratación

países Austria, Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. Entró en vigor en junio de 1960. En 1961 entró Finlandia, en 1970 Islandia y en 1991 Liechtenstein.

³⁵ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.2.6.

de las entidades públicas de todos los niveles de gobierno, incluidas entidades especiales, nivel central y descentralizado de gobierno.

Estos Capítulos incluyen obligaciones en temas como la protección de los principios de derecho internacional, la publicidad de las contrataciones, el uso de medios electrónicos, las modalidades de contratación y la revisión de impugnaciones, los cuales buscan promover la participación de las empresas en los respectivos mercados de contratación pública. Adicionalmente, en los Acuerdos más recientes se pactaron compromisos en materia de cooperación para apoyar la participación de las Pymes en las oportunidades comerciales de nuestros socios comerciales, tales como capacitación y asistencia técnica en los procesos de licitación”³⁶

Para estos efectos es recomendable dar lectura al Manual explicativo de los TLC elaborado por el DNP y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo publicado en el Secop³⁷ en el cual se hace una buena explicación de este asunto.

Para determinar cuándo aplican estas reglas contenidas en los TLC o acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas es necesario observar *grosso modo* los siguientes parámetros:



³⁶ El manual fue elaborado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y El Departamento Nacional de Planeación (DNP) y se encuentra publicado en el SECOP.

³⁷ www.contratos.gov.co

Teniendo en cuenta estos aspectos, se entrarán a aplicar las reglas contenidas en los tratados la mayoría de las cuales ya se encuentran incluidas en el decreto 734 de 2012, motivo por el cual, al aplicar el Reglamento ya se están aplicando las reglas establecidas en dichos acuerdos internacionales. Sin embargo, existen 2 reglas adicionales que habrá de tenerse en cuenta a la hora de aplicar los TLC en los procesos de contratación en los que apliquen: **Plazos y trato nacional**.

En materia de plazos, conforme lo indica el manual explicativo antes referido, en procesos para la contratación de bienes y servicios uniformes (v.gr. subastas inversas) se deberá otorgar un plazo mínimo de 10 días calendario contados a partir de la publicación del aviso de convocatoria, para la presentación de ofertas; en los demás procesos de selección, se deberá observar un plazo de 30 días calendario contados igualmente a partir del aviso de convocatoria para la presentación de ofertas.

Respecto del trato nacional no es cosa distinta a tener en cuenta que si en el respectivo proceso contractual se presenta una oferta – no proponente - originaria de uno de los países con los que existe TLC o acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas vigente, deberá tratársele como colombiana, esto es, otorgarle los puntajes de que trata la Ley 816 sobre protección a la industria nacional, en caso de empate considerarla como colombiana, entre otros.

En síntesis, las entidades públicas para dar cumplimiento a los acuerdos de trato nacional en materia de compras públicas deben realizar lo siguiente:

1. Identificar en sus estudios previos si se debe aplicar un acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas o TLC.
2. Señalar en el aviso de convocatoria los TLC o acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas aplicables al proceso de contratación
3. Establecer en su cronograma el plazo para la presentación de la oferta, de conformidad con lo establecido en el “manual explicativo de los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales negociados por Colombia para entidades contratantes”
4. En la evaluación de las ofertas el Comité Asesor evaluador deberá considerar como colombianas a las ofertas extranjeras que se les considere nacionales bajo el principio de reciprocidad.
5. Las demás disposiciones relacionadas con la aplicación de un acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas o TLC están incorporadas en el Decreto 734 de 2012, por lo que debe darse estricta aplicación al mismo.

Sin TLC o un acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas

Cuando no existe un TLC o un acuerdo de trato nacional en materia de compras públicas, un proponente extranjero puede acreditar que en su país de origen a los bienes y

servicios colombianos se da el mismo tratamiento que a un nacional de dicho país, es decir, no se le da un tratamiento discriminatorio.

Para tal efecto, es pertinente anotar que el Decreto Ley 019 de 2012 modificó el primer párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 en el sentido de eliminar como medio probatorio de esta situación la certificación expedida por la misión diplomática respectiva y definió al reglamento la forma en que se debe acreditar.

Es por ello, que el Decreto 734 de 2012³⁸ dispuso que la forma de acreditar la reciprocidad en este caso es mediante una certificación en la que se indique que si existe trato nacional en virtud del principio de reciprocidad en el respectivo país. Dicha certificación debe ser expedida y actualizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores la cual se publicará en el SECOP.

Si en la certificación se expresa que no existe reciprocidad como en el caso de Brasil, la entidad estatal contratante deberá dar trato de extranjera a la respectiva oferta y en consecuencia no asignarle los puntajes de que trata la Ley 816 y en caso de empate con una oferta colombiana preferirá a ésta.

Contratación con Mipymes

Una de las importantes reformas introducidas por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado posteriormente por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo) fue la preferencia de ofertas de Mipymes, que el Decreto 734 de 2012 desarrolló

³⁸ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.2.6. Cumplimiento de la reciprocidad. A efectos de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y el párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 modificado por el artículo 51 del Decreto-ley 019 de 2012, se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos de origen extranjero en procesos de selección nacionales, siempre que cumplan con alguna de estas condiciones:

- a) Que Colombia haya negociado trato nacional en materia de compras estatales con dicho país, o
- b) Que en el país del proponente extranjero, con el que no se hubiere negociado trato nacional, las ofertas de bienes y servicios colombianas, reciban el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales.

La acreditación del trato nacional otorgado a bienes y servicios nacionales en países con los cuales Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras públicas se realizará mediante certificación expedida por el Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual contendrá lo siguiente: (i) Lugar y fecha de expedición de la certificación; (ii) Número y fecha del Tratado; (iii) Objeto del Tratado; (iv) Vigencia del Tratado, y (v) Proceso de selección al cual va dirigido. En ausencia de negociación de trato nacional, la certificación deberá indicar si existe trato nacional en virtud del principio de reciprocidad. En el último caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitará la publicación en el Secop de las certificaciones referidas y de mantener dicha información actualizada coordinadamente con la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.

Parágrafo. La información sobre los acuerdos comerciales suscritos por Colombia estará disponible en el Secop en los términos previstos en el artículo 8.1.17 del presente decreto. (El subrayado es nuestro)

mediante el establecimiento de: 1) convocatorias limitadas a Mipymes y 2) condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes.

Convocatorias limitadas

En materia de convocatorias limitadas a Mipymes el Decreto 734 de 2012 estableció una distinción entre Mypes (Micro y Pequeña empresa) y Mipymes o Pymes (Micro, Pequeña y Mediana empresa).

La forma como reguló cada una de ellas fue de la siguiente manera

a. Convocatoria limitada a Mypes³⁹.

Para que proceda la convocatoria limitada a Mypes sedeben cumplir con los siguientes requisitos:

- **Cuantía del proceso:** por debajo de los US\$75.000 dólares americanos.
- **Número de manifestaciones de interés:** mínimo tres (3) manifestaciones de interés solicitando limitar la convocatoria exclusivamente a Mypes.
- **Requisitos de las Mypes:** acreditar mínimo un año de existencia por parte de la Mype que manifestó interés.
- **Modalidades de selección:** la convocatoria limitada es solo para las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

b. Convocatoria limitada a Mipymes⁴⁰.

Para que proceda la convocatoria limitada a Mipymes sedeben cumplir con los siguientes requisitos:

- **Cuantía del proceso:** por debajo de los US\$125.000 dólares americanos. También proceden en las convocatorias de Mypes inferiores a US\$75.000 dólares cuando no se reciben tres (3) manifestaciones de interés de Mypes.
- **Número de manifestaciones de interés:** mínimo tres (3) manifestaciones de interés solicitando limitar la convocatoria exclusivamente a Mipymes.
- **Requisitos de las Mipymes:** acreditar mínimo un año de existencia por parte de la Mipyme que manifestó interés.
- **Modalidades de selección:** la convocatoria limitada es solo para las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

En el caso que se limite la convocatoria los consorcios y uniones temporales solo podrán conformarse por empresas del tamaño empresarial para el que se haya limitado la convocatoria (Mypes o Mipymes).

³⁹ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.1.2.

⁴⁰ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.1.3.

Por último, es importante mencionar que en los siguientes eventos no procede la convocatoria limitada:

- Si el proceso con convocatoria limitada se declara desierto, no podrá reabrirse de nuevo con dicha limitación en la convocatoria.
- Si al momento del cierre del proceso solo se presenta una oferta de la Mype o Mipyme, se deberá ampliar el plazo de presentación de ofertas, sin limitar la convocatoria a Mype o Mipymes, según corresponda.

Condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes

El Decreto 734 de 2012 estableció puntajes adicionales a los consagrados en la Ley 816 de 2003 para las ofertas de bienes y servicios producidas o prestados por Mipymes de la siguiente manera:

- Un puntaje del diez por ciento (10%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las microempresas;
- Un puntaje del seis por ciento (6%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las pequeñas empresas;
- Un puntaje del tres por ciento (3%) del total de la calificación a los bienes y servicios producidos por las medianas empresas⁴¹

Para que procedan estos puntajes la cuantía del proceso de contratación debe ser inferior a US\$125.000 y superior a la mínima cuantía de la entidad, además que no sean procesos de contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes, toda vez que el único factor calificable es el precio en este tipo de procesos.

A diferencia de lo que ocurre en las convocatorias limitadas, estos puntajes adicionales se otorgan indistintamente de que la convocatoria se limite o no.

Para la otorgación de estos puntajes cuando la oferta es presentada por un Consorcio o una Unión Temporal conformados por empresas de distintos tamaños empresariales, se otorgará el puntaje que corresponda al integrante de mayor tamaño empresarial.

Criterios de desempate

Con el objeto de articular las distintas disposiciones legales que en materia contractual han establecido preferencias tales como Mipymes, discapacitados, oferta nacional y otras, el Reglamento destaca la necesidad de dar prioridad a los criterios que componen la oferta para luego si dar paso a los otros criterios mencionados al comienzo de este párrafo. El siguiente cuadro ilustra el procedimiento de desempate de obligatoria ob-

⁴¹ Decreto 734 de 2012, Artículo 4.1.5.

servancia en todos los procesos de selección salvo en mínima cuantía donde la regla de desempate se da por el orden de radicación de las ofertas:



En este sentido, el Decreto 734 de 2012 mantiene la misma estructura de la regulación anterior (Decreto 2473 de 2010) adicionando únicamente el criterio establecido en la ley 361 de 1997 según la cual se debe preferir en la contratación estatal a las empresas discapacitadas bajo los presupuestos contenidos en dicha norma legal.

Sin embargo, aunque el Decreto 734 de 2012 no lo menciona como criterio de desempate, debe tenerse en cuenta la regla de desempate entre ofertas extranjeras establecida en el artículo 21 de la Ley 80 según la cual “Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.”

Régimen de garantías contractuales

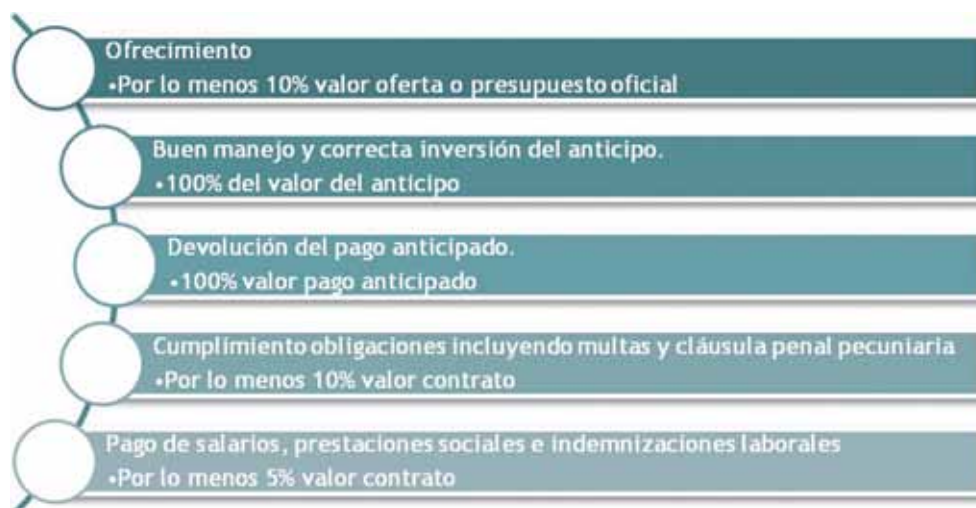
En materia de garantías, el Reglamento desarrolla lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley 1150 conservando la misma estructura planteada en la regulación anterior.

En efecto, se establecen mecanismos de cobertura del riesgo de cumplimiento y de responsabilidad extracontractual que propenden por amparar los perjuicios que puede sufrir la entidad estatal producto de la ocurrencia del siniestro. Para estos efectos, el Reglamento dispone de unos instrumentos de garantía señalados en el Decreto, cualquiera de los cuales el proponente o el contratista según se trate, podrá escoger a su discreción y donde la entidad deberá observar que el instrumento escogido cuente con los requisitos mínimos planteados en la reglamentación.

Sobre el particular dispone que serán instrumentos para amparar los riesgos de que trata el Título V del Decreto los siguientes:

Póliza de seguros	
Fiducia mercantil en garantía	
Garantía bancaria a primer requerimiento	
Endoso en garantía de títulos valores	
•Sólo como garantía de seriedad del ofrecimiento	
Depósito de dinero en garantía	
Carta de Crédito Stand by expedidas en el exterior (solo extranjeros sin domicilio o sucursal en Colombia)	

Sobre la suficiencia de la garantía, al integrarse la regulación del decreto 4828 de 2008 y sus modificaciones quedó planteado bajo la misma estructura así:



En materia de excepciones a la obligatoriedad de exigencia de garantías, el artículo 7º de la Ley 1150 señaló algunas permitiendo al Reglamento prever otras excepciones con el objeto de que se fuera ajustando este asunto a las realidades del mercado. En consecuencia, las excepciones legales y reglamentarias al otorgamiento de garantías, que no es una prohibición ya que la entidad deberá analizar la conveniencia o no de exigir las en cada caso, son las siguientes:

- Empréstito Interadministrativos Seguro
- Mínima Cuantía (salvo que la entidad lo requiera y exija)
- Los demás que señale el reglamento (puede no exigir las en)
 - Enajenación de bienes (Par. 1 Art. 3.7.2.4º)
 - Subasta Inversa (Par. Art. 3.2.1.1.2º)
 - Concurso de méritos con PTS (Art. 3.3.4.9º)
 - Contratación Directa (Par 3º Art. 3.4.1.1º)

Dentro de los cambios más destacados realizados en el Decreto 734 de 2012 se encuentran los siguientes:

En la garantía única de cumplimiento, en el amparo de salarios y prestaciones sociales, se exceptúa su exigibilidad cuando el contrato se ejecuta en su totalidad por fuera del territorio nacional por personal contratado bajo un régimen laboral distinto al colombiano.

Por otra parte, el Reglamento exceptuó de la obligatoriedad de la exigencia de garantías a la contratación directa con el objetivo de eficientar los costos de transacción que en algunos casos se incrementaban producto de esta exigencia en casos en que resultaba innecesario (v.gr., arrendamiento donde la entidad es la arrendataria) o intrascendente (v.gr., cuando

la forma de pago de la contratación directa se plantea contra entrega del bien o servicio como en la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión mensualizados).

Un avance importante en materia de garantías fue la estandarización de la forma como se deben aprobar las garantías.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 se exige que la entidad debe aprobar las garantías antes del inicio de la ejecución del contrato. Por su parte, el Reglamento estableció que esa aprobación de las garantías se realizaría mediante *Acta*, “*suscrita por la persona designada para el efecto en el Manual de Contratación, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso*” (Artículo 5.1.11).

Así las cosas, en la actualidad la única manera válida para aprobar las garantías, cualquiera que sea esta⁴², deberá hacerse por el funcionario competente mediante un acta.

Sobre este particular es de resaltar que en el sector asegurador el uso de la firma mecánica para las pólizas, por costumbre mercantil en Bogotá⁴³, da paso a que la administración reciba y apruebe estos documentos que gozan de eficacia jurídica, incluso cuando se los remiten por correo electrónico en PDF⁴⁴. Para desarrollar una buena práctica en este sentido, es recomendable que las entidades verifiquen la autenticidad de estas pólizas, para lo cual queremos mencionar que varias entidades aseguradoras prestan servicios a través de los cuales los interesados, para este caso las entidades públicas, pueden consultar y verificar la autenticidad de la póliza y de su contenido.

RUP 2.0

En el Decreto Ley 222 de 1983 existía un registro por entidad que habilitaba para contratar y cuyo formalismo era todo un ritual que implicaba hacer todo un trámite entidad por entidad lo que implicaba un desgaste administrativo y reducción de posibilidades de participar en la contratación de las más de 3 mil entidades registradas en el Secop.

De esta manera surge el Registro Único de Proponentes (RUP) que buscó unificar el registro en cabeza de una sola entidad, que colaborara con la administración de manera autónoma e imparcial como lo son las Cámaras de Comercio del País. Así, aunque el

⁴² Póliza, Fiducia en garantía, bancaria, etc.

⁴³ Concepto 2011089903-001 del 15 de diciembre de 2011 de la Superintendencia Financiera. Esta entidad señaló que: “Las pólizas enviadas por correo electrónico contienen los mismos efectos jurídicos que le son aplicables a las pólizas expedidas en papel membreteado (sic) por la compañía de seguros.”

⁴⁴ Ejemplo de lo anterior resulta de cuando se exige a un proveedor de servicios el indicador de rotación de inventarios donde evidentemente no podrá cumplir con un valor superior a cero así como cuando en el indicador de crecimiento del EBITDA no se ha obtenido un crecimiento en las utilidades igual al del año anterior pero ha generado utilidades, en mi concepto, sería posible habilitar a un proponente que no cumpla un indicador siempre que los restantes lo apalanquen para la ejecución del contrato.

registro siguió siendo habilitante, permitió reducción de trámites de entidades y proponentes pero con una dificultad importante y es que no regló que las Cámaras de Comercio verificaran la información que los proponentes registraban motivo por el cual el certificado no tuvo valor práctico en la realidad y en consecuencia las entidades tuvieron que seguir verificando documentalmente la información de los proponentes.

Es así como surge la Ley 1150 de 2007 y su Reglamento que establece con claridad la función reglada de las Cámaras de Comercio de manera que en la actualidad éstas deben verificar la información que registra el proponente de manera que a la entidad le está prohibido verificar de nuevo esa información en la medida en que el certificado es plena prueba.

Así las cosas, el RUP certifica los requisitos habilitantes del proponente así como su clasificación, el k residual de contratación, las inhabilidades relacionada con incumplimientos (reiterados –multas e incumplimientos - y caducidad) y la ejecución contractual con entidades públicas.

Están obligados a inscribirse en el RUP todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia, privadas y públicas que quieran participar en convocatorias públicas con entidades estatales.

Siguen siendo las excepciones al RUP la Contratación directa, los Contratos para la prestación de servicios de salud, Contratos de mínima cuantía, Enajenación de bienes del Estado, los Contratos para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria, Actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales de las empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) y Sociedades de Economía Mixta (SEM) y los Contratos de concesión de cualquier índole lo que incluye a las Asociaciones Público Privadas (APP) de conformidad con lo establecido en la Ley 1508 de 2012.

En materia del RUP, se profundizó la información que tenía la versión anterior con el objeto de que las entidades estatales, no requirieran información y documentación adicional que ahora ya no podrá ser exigible en la medida en que la misma se encuentre certificada en el Registro.

De esta forma los principales cambios que se introdujeron en este tema tienden a otorgar a la administración de un mecanismo que le facilite la labor a la administración pública en la medida en que se le descarga de hacer la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes de suerte que la entidad únicamente debe constatar en el certificado la información que el proponente quiere hacer valer en el proceso de selección.

De esta suerte, se tiene que respecto de la capacidad jurídica, conservando la estructura anterior, incorporó un número único nacional que identificará al proponentes en todas las Cámaras de Comercio del País así cancele su inscripción en una y se inscriba en otra Cámara.

Adicionalmente el RUP ahora certificará el tamaño empresarial de los proponentes de manera que con este certificado podrá acreditarse dicha condición siempre que el proponente cuente con el certificado expedido bajo el régimen del Decreto 734 de 2012.

En cuanto a la experiencia se divide en probable y acreditada. Respecto de la probable, una novedad consistió en que la misma se contabiliza, de conformidad con el Decreto Ley 019 de 2012, a partir de la fecha de terminación y aprobación del pensum académico de educación superior o en su defecto, fecha de grado que figure en el acta de grado o en el título profesional o en la tarjeta o matrícula profesional. Sobre este particular es de destacar que incluso para la ingeniería aplica esta norma que puede resultar contradictoria con lo dispuesto en la Ley 842 de 2003 pero que para efectos de contratación pública el decreto se inclinó por adoptar la modificación introducida por el Decreto Ley 019 de 2012 entendiendo que se había dado una modificación a la Ley 842.

En materia de experiencia acreditada se incorpora como una verdadera novedad en la medida en que permite a las entidades y proponentes contar con dicha información en el registro de los 10 mejores contratos del proponente. Nótese que no se limita la experiencia acreditada a los últimos 3, 5 o 10 años, por el contrario, se da la indicación de algo que resulta apenas lógico y es que la experiencia no se pierde en el tiempo como en mala práctica la mayoría de las entidades lo hacen vía pliegos de condiciones. Tampoco se prohíben los subcontratos, luego el pliego debe regular la manera en que admitirá subcontratos, cuando menos de primer orden, sin valerla 2 veces en el caso de que se presente el contratista principal y su subcontratista de primer orden compitiendo entre sí o asociados.

Con relación a la capacidad financiera el nuevo Registro dota al certificado de indicadores financieros adicionales para que la entidad los pueda tener en cuenta a estos efectos. En particular, en la reforma de la reglamentación se particularizaron los indicadores que usualmente podrían ser utilizados por las entidades. En opinión de quien suscribe estas líneas, aunque la entidad debe considerar todos los indicadores dispuestos en el decreto, de conformidad con el artículo 6.2.2.5 del Reglamento y el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, teniendo en cuenta que la información financiera se analiza en contexto y no de manera separada indicador por indicador, y que de lo que se trata es de analizar si su situación financiera le permite la ejecución del contrato sin riesgo de quedar ilíquido con la misma, es posible incorporar en el pliego reglas que permitan habilitar a un proponente que cumpla por ejemplo, con 5 de 6 indicadores cuando los demás indicadores

demuestren su idoneidad conforme la regla de proporcionalidad establecida en la Ley y el reglamento para los requisitos habilitantes⁴⁵.

De otra parte, en lo que refiere a la capacidad de organización, la novedad en el reglamento es que se subdividió en capacidad técnica y operacional.

Respecto de la capacidad técnica, ésta se compone del número de personas con que cuenta la empresa⁴⁶ y aplica a todas las actividades⁴⁷. Por su parte, la capacidad operacional que no se considera para consultores, se refiere al promedio aritmético de los ingresos brutos operacionales del proponente calculado durante los 2 mejores años de los últimos 5⁴⁸.

Por otro lado, el Reglamento dispuso un nuevo mecanismo de clasificación adaptado a estándares internacionales de manera que adopta el sistema de clasificación industrial internacional uniforme - CIU - de las Naciones Unidas, el cual está personalizado para Colombia a través del DANE y para efectos contractuales se debe tomar el del Registro Único Tributario – RUT-. El Decreto dispone expresamente que se tomar el del RUT y no el del DANE que tiene una versión más actualizada⁴⁹.

⁴⁵ Número de socios o asociados, así como el personal profesional universitario, personal administrativo, tecnólogo y operativo vinculados mediante relación contractual para desarrollar actividades referentes estrictamente con la actividad en que se clasifica.

⁴⁶ Consultor, proveedor y constructor.

⁴⁷ Los ingresos brutos operacionales de los dos (2) años de mayor facturación que haya obtenido el proponente en los últimos cinco (5) años, incluyendo el de la inscripción; si el proponente acredita un período de actividad inferior a cinco (5) años y mayor a dos (2) años, podrá tomar el promedio aritmético de los dos (2) mejores años de mayor facturación que haya obtenido el proponente durante el tiempo en que ha ejercido su actividad y si el proponente acredita un período de actividad inferior o igual a dos (2) años, podrá tomar el mayor ingreso obtenido en un período continuo de un (1) año o el ingreso obtenido durante todo el tiempo de actividad cuanto este sea inferior a un (1) año.

⁴⁸ A la fecha de publicación de este libro, la DIAN ya adoptó desde Diciembre de 2012 la nueva versión del CIU aprobada por el DANE motivo por el cual, los proponentes deben comenzar a clasificarse en la nueva codificación del CIU en el RUT. En consecuencia y en concepto del conferencista, se generó por virtud de esta situación un nuevo régimen de transición que las entidades deben tener en cuenta en los Pliegos de Condiciones para exigir la clasificación: Clasificación de proponentes bajo el catálogo del decreto 1464 de 2010 para los proponentes que aún se encuentren en dicho régimen; Clasificación de proponentes sometidos al régimen del decreto 734 de 2012 versión CIU 3.1 hasta tanto se cumpla el plazo otorgado por la DIAN y el término razonable para actualizar la información en el RUP; Clasificación de proponentes sometidos al régimen el Decreto 734 de 2012 versión CIU actual.

⁴⁹ “Decreto 734 de 2012. Artículo 8.1.14. Los Plazos del proceso contractual. Salvo lo previsto expresamente para cada caso en la ley y en el presente decreto, todos los plazos del proceso contractual hasta la firma del contrato serán establecidos en el Pliego de Condiciones, y podrán ser prorrogados antes de su vencimiento, hasta la mitad del inicialmente previsto, cuando las necesidades de la Administración así lo exijan. Cuando se trate del término de expedición de adendas, se observará lo dispuesto en el artículo 2.2.4 del presente decreto.

Cuando la entidad estatal establezca que el plazo de la verificación y evaluación de las ofertas o de las manifestaciones de interés en el caso del concurso de méritos, previsto originalmente en los pliegos de condiciones o en el aviso de convocatoria respectivamente, no garantice el deber de selección objetiva, podrá prorrogarlo antes de su vencimiento, determinando un nuevo plazo que no podrá exceder del término inicialmente definido.

La clasificación que se debe exigir de acuerdo al régimen al que esté sometido el proponente y en el pliego de condiciones lo tienen que pedir así: para los proponentes que estén en el régimen del Decreto 1464 de 2010, deberán solicitar la clasificación que está en este decreto; para los proponentes que ya están bajo el régimen del Decreto 734, deberán exigir la clasificación que está en este Decreto dando la posibilidad de que aporten la versión del RUT anterior o la recientemente aprobada hasta tanto se cumpla el régimen de transición previsto por la DIAN.

En materia de impugnaciones, conforme lo dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012, se redujeron los términos de 30 a 10 días hábiles para recurrir el acto registra de la Cámara de Comercio, término que computará a efectos de la firmeza del acto de inscripción, renovación y actualización de la información, y se redujo también de 30 a 20 días hábiles para que la Cámara de Comercio cuando en desarrollo de un proceso de selección la entidad advierte una inconsistencia que afecte el cumplimiento de los requisitos de cumplimiento y en consecuencia impugne el registro,

Otros asuntos

En el título VIII del Reglamento se establecen otros aspectos relevantes para la contratación estatal que dilucidan inquietudes del día a día en esta materia.

Plazos

Así tenemos que resaltar la incorporación del artículo 8.1.14⁵⁰ que reguló lo concerniente a la prórroga de plazos en todos los procesos de contratación destacando que se pueden hacer mediante acto de trámite contentivo de la modificación lo que aclara que los palcos posteriores al cierre del proceso y recibo de ofertas no se prorrogan mediante Adenda.

Registro Presupuestal

Por otra parte y por primera vez el Reglamento se ocupa de aclarar la naturaleza del Registro Presupuestal y lo establece conforme a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, como requisito de *Legalización* que debe estar cumplido antes del inicio de la ejecución del contrato. Con este aporte que hace el Reglamento se termina la discusión de si el Registro es requisito de perfeccionamiento, legalización o ejecución, ya que en todo caso debe estar cumplido antes del inicio del plazo del contrato.

El jefe de la entidad o el servidor estatal en quien se hubiere delegado la competencia para el adelantamiento del proceso contractual, debe motivar el acto de trámite contentivo de la modificación. Esta facultad no podrá ser utilizada con desviación de poder ni con violación de las reglas establecidas en los numerales 10. y 40. del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.”

⁵⁰ Decreto 734 de 2012, Artículo 8.1.16.

Oportunidad de los Pagos y orden de turno

Adicionalmente, reglamentó en cabeza de la entidad el deber de respetar el orden de turno de que trata el numeral 10 del artículo 4° de la ley 80 de 1993 adicionado por el artículo 19 de la ley 1150 de 2007, para lo cual estableció el Decreto 734 de 2012 que la entidad, “dispondrá en su organización interna, los procedimientos necesarios y pertinentes para respetar el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas **así como establecerá mecanismos para el pronto y oportuno pago a éstos**” (negritas fuera de texto)⁵¹.

Anticipo

De otra parte, el Reglamento retomó una figura desaparecida de la regulación contractual y que en su momento prestó gran utilidad en la contratación estatal y es la referida a que en las contrataciones distintas a las que se refiere el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 los cuales se administrarán a través de Fiducia o Patrimonio Autónomo⁵², el manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo, deberá realizarse en cuenta bancaria separada, **no conjunta**, a nombre del contrato suscrito⁵³, lo que implica que no sea un proceso de doble firma sino de administración a cargo del contratista bajo la vigilancia del Supervisor o Interventor. Se aclara en el Reglamento que los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al Tesoro.

Seguridad social

En materia de seguridad social, “por regla general, en los contratos (sin importar su duración) en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, es decir, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, el contratista deberá estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes, sea cual fuere la duración o modalidad de contrato que se adopte”⁵⁴.

⁵¹ Contratos de obra, concesión, salud cuyo monto sea superior a la menor cuantía de la entidad contratante, y para los que se realicen por licitación pública

⁵² La Superfinanciera mediante concepto 2011080845-001 del 2 de diciembre de 2011 manifestó que es “viable asignar a las cuentas abiertas por los particulares para el manejo de anticipos, un código o numeración especial que permita identificar, además del titular, el contrato estatal al que pertenecen los respectivos recursos”.

⁵³ Concepto Ministerio de protección Social 10240-139492 del 19 de mayo de 2011.

⁵⁴ A la fecha de expedición del presente Libro, el Congreso de la República ha expedido la Ley 1607 mediante la cual se hizo la reforma tributaria en la cual se eliminaron los aportes parafiscales al Sena e ICBF y se instituyó el impuesto CREE (impuesto sobre la renta para la equidad) en su reemplazo.

Con relación a los riesgos profesionales, con la expedición de la Ley 1562 de 2012 se transforma dicho concepto por el de Riesgos Laborales para hacer más incluyente este sistema, toda vez que incluye no solo a los Profesionales sino a todo tipo de trabajadores. En este sentido, se tiene que los trabajadores independientes con contratos superiores a un mes o cuyo objeto implique alto riesgo, deberán afiliarse para las siguientes actividades:

- Financieras, Trabajos de Oficina, Administrativos; centros Educativos, Restaurantes
- Algunos procesos manufactureros como la fabricación de tapetes, tejidos, confecciones y flores artificiales Almacenes por Departamentos, Algunas labores Agrícolas
- Algunos procesos manufactureros como la fabricación de agujas, alcoholes Artículos de cuero
- Procesos manufactureros como fabricación de aceites, cervezas, vidrios, procesos de galvanización; transporte, servicios de vigilancia privada
- Areneras, manejo de asbesto, Bomberos, manejo de explosivos, construcción, Explotación petrolera.

Ahora bien, para la presentación de ofertas, la celebración de contratos o cualesquiera de sus modificaciones, deberá verificarse estar al día en materia de seguridad social mediante declaración juramentada si es persona natural, o mediante certificación suscrita por el representante legal o por el Revisor Fiscal si lo tuviere. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta conforme lo dispone el artículo 50 de la Ley 789 de 2002.

Respecto de los pagos del contrato, el artículo 23 de la Ley 1150 que modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, dispone que el proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar⁵⁵, cuando corresponda, el cual deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

⁵⁵ “Ley 80 de 1993, Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

10. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

20. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniaras y garantías a que hubiere lugar.

30. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

40. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

De la misma manera, para la liquidación del contrato, constituye requisito *sine qua non* verificar lo relacionado con la seguridad social. En efecto, “las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, **estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas**”, de manera que la entidad en el acta de liquidación o en el acto unilateral debe dejar constancia de esta verificación no con la certificación o declaración juramentada sino con el cotejo de lo pagado por el contratista y lo que ha debido pagar de acuerdo a la Ley y al contrato.

Por otra parte, es preciso señalar que la exigibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones NO es obligatoria para personas que no residen, habitan o permanezcan en el territorio nacional, tal como lo indicado el desaparecido Ministerio de Protección Social mediante Concepto No. 10240-139492 del 19 de mayo de 2011.

Adjudicación única oferta

Adicionalmente el artículo 8.I.12 mantuvo la regla de adjudicación con oferta única, sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa, concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipymes.

Manual de Contratación

De otra parte, el artículo 8.I.II establece la obligación para todas las entidades estatales de contar con manuales de contratación que regulen los procedimientos internos de las entidades estatales y la desconcentración y delegación de funciones para adelantar los procesos de contratación establecidos en la Ley y en el Reglamento. A este respecto, se llama la atención sobre hacer buenos manuales de contratación que no sean una transcripción de la Ley sino que en realidad regule los procedimientos internos de las entidades públicas.

Supervisión e interventoría

El artículo 14° estableció los medios de que pueden hacer uso las entidades estatales para cumplir con el objeto contractual, a saber:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

- 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización*

50. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscrito por Colombia.”

o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. (...)”

El medio más eficaz para alcanzar esa finalidad de la contratación se materializa en la dirección, control y vigilancia que hagan los funcionarios públicos a la ejecución de los contratos. De ahí que la figura de la supervisión sea fundamental para la contratación pública.

El artículo 4º de la ley en mención le reconoce unas facultades a las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación⁵⁶.

Ahora bien, en virtud del principio del responsabilidad que consagra el artículo 26 de la ley 80 de 1993⁵⁷, se establece la obligación para los servidores públicos de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación y de la vigilancia que debe hacer la entidad a la ejecución del contrato.

Con la entrada en vigencia del artículo 83 de la ley 1474 de 2007, se incorpora un elemento nuevo en dicha vigilancia y control de la ejecución contractual cual es el que la misma sea de carácter permanente por parte de la entidad, a través del supervisor o interventor. Al respecto la norma dispone:

⁵⁶ “Ley 80 de 1993, Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

10. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

20. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

30. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

40. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

50. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscrito por Colombia.”

⁵⁷ Artículo 26º.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

10. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (...)

*“Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, **las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.**(...)” (negritas fuera de texto)*

Al respecto, es de anotar que la ley 1474 de 2011 se expidió con el fin de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, así como para lograr la efectividad de la gestión administrativa. Dentro de su contenido se desarrolló el capítulo VII en el que se les dio protagonismo a las figuras de la supervisión e interventoría, toda vez que se establecieron normas en las que se definen los conceptos, funciones, deberes y régimen de responsabilidad de los Supervisores e interventores.

El artículo 83º de la ley 1474 de 2007 define la supervisión y la interventoría de la siguiente manera:

“(...) La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.”

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

De esta manera se evidencia la intención del legislador de diferenciar ambas figuras para corregir una práctica perversa de la administración pública de confundir ambas figuras haciéndolas muchas veces concurrir en las mismas funciones de un mismo contrato. Por esta razón, es de la mayor importancia resaltar sus principales diferencias aun cuando pueden ejercer las mismas funciones siempre que nos e trate del mismo contrato, así:



De las diferencias antes enunciadas se destaca la establecida en el artículo 83 de la ley 1474 de 2007 que permite a la entidad estatal contratar **personal de apoyo a la supervisión**, siempre que sean requeridos, mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Al respecto, se aclara que conforme el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos de prestación de servicios:

“30. Contrato de prestación de servicios

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para **desarrollar actividades relacionadas con la administración o 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.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y **se celebrarán por el término estrictamente indispensable***” (Negritas fuera de texto).

En este mismo sentido, el artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012 se refiere a los servicios profesionales y a los servicios de apoyo a la gestión en los siguientes términos:

“Artículo 3.4.2.5.1. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales (Negritas fuera de texto)

En este sentido resulta conveniente traer a colación el concepto emitido por El Departamento Nacional de Planeación quien tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular mediante concepto⁵⁸, de la siguiente manera:

*“(…) Para el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **cualquier título otorgado por alguna institución de Educación Superior, en atención a lo anteriormente indicado, brinda la profesionalidad necesaria para el desarrollo de actividades a las que su título de formación académica se refiere. Con lo dicho, los Técnicos Profesionales, los Tecnólogos y los Profesionales para efectos de la contratación de servicios profesionales, son considerados como profesionales a la luz de la normatividad vigente que rige la materia.*** (Negritas fuera de texto)

*“(…) los servicios de **apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual o de simple ejecución, que con carácter ocasional y para atender fines específicos contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes en el caso de las actividades asistenciales, lo que implica que no puedan contratarse actividades recurrentes ni que impliquen intermediación laboral.***” (Negritas fuera de texto)

En este punto es pertinente **diferenciar el concepto de “apoyo al supervisor” del “apoyo a la gestión”** pues no pueden confundirse ambas figuras cuando se refieren a asuntos distintos pero relacionados cuyo propósito no fue otro que el de dar la posibilidad de contratar personal para cumplir determinado tipo de tareas.

En efecto, cuando el legislador dispuso en el artículo 83 de la ley 1474 de 2011, que *“(…) Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los*

⁵⁸ Concepto DNP No. PRAP-CP-20118010153521 del 10 de marzo de 2011.

contratos de prestación de servicios que sean requeridos” se refirió de manera general a los contratos de prestación de servicios que podían contratarse de manera directa, esto es, **a los profesionales y de apoyo a la gestión**, pues, tanto las personas que se consideran profesionales u operativas, y asistenciales a la luz de la normativa vigente, son los que eventualmente van a servirle de **apoyo al supervisor**.

De manera consecuencial con lo anterior, el artículo 3.3.1.1 del decreto 734 de 2012, dispone en la última parte del párrafo 1º de dicha disposición que se podrán contratar por consultoría los servicios de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión, **sin perjuicio de contratar por prestación de servicios los profesionales para apoyar la labor del supervisor:**

*“(…) sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos **de prestación de servicios profesionales** para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (Negritas fuera de texto)*

Así las cosas es claro que cuando el legislador se refiere al apoyo al supervisor lo hace comprendiendo la contratación profesional, asistencial y operativo que soporte la actividad de vigilancia y control como medios de apoyo a la tarea que le es propia al supervisor.

De forma general el artículo 84 de la ley 1474 de 2011, establece las facultades y deberes de los supervisores e interventores así:

“La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Los supervisores e interventores ejercen una vigilancia y control a través de las funciones asignadas por la Ley, el contrato y el Manual de Contratación de la entidad así como las demás disposiciones que regulen la materia.

Según la clase de actividad que se debe realizar, las funciones se clasifican en las siguientes las cuales han sido definidas por la doctrina así⁵⁹.

⁵⁹ Escobar Gil Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, Primera edición, Bogotá, 1999, Páginas 322-323.

- “Función Técnica: Vigilancia y control sobre las labores encaminadas a determinar si las obras, servicios o bienes, se ajustan a las cantidades, especificaciones y calidades establecidas en los términos de referencia y en el contrato; o si las obras se ejecutan con sujeción a los diseños, proyectos y planos previamente aprobados.
- Función Administrativa: Comprende las actividades encaminadas a impulsar la ejecución del contrato y a verificar el cumplimiento por parte del contratista de los trámites y diligencias que debe realizar.
- Función Contable y financiera: Comprende las actividades dirigidas a controlar el buen manejo e inversión de los recursos del contrato; y a autorizar el pago a subcontratistas, trabajadores o proveedores, según se establezca en el contrato.
- Función Jurídica o legal: Comprende las actividades dirigidas a asegurar que las conductas de las partes durante la ejecución del contrato se ciñan a la ley.”

En cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos, el artículo 6º de la Constitución Política, preceptúa que:

*“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones.**”* (Negritas fuera de texto).

Producto de esta norma constitucional, la ley 80 de 1993 en su artículo 51º, señala la responsabilidad del servidor público, según el cual:

“El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”.

Para los interventores que también hacen parte de estos sujetos que se involucran en la actividad contractual se asigna igualmente una responsabilidad, conforme lo indica el artículo 82 del Ley 1474 de 2011:

“Responsabilidad de los interventores. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

(...) Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría(...).”

El artículo 58º de la ley 80 de 1993, estipula *sanciones* como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute a los funcionarios públicos en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política. Dicho artículo señala las siguientes sanciones:

- 10.- En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.
- 20.- En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

30. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.”

Por otra parte, los servidores públicos e interventores pueden ser acreedores a sanciones, según sea el incumplimiento de su obligación bajo la modificación introducida por el denominado Estatuto Anticorrupción así:

El interventor será sancionado con la **inhabilidad** cuando incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato⁶⁰.

El supervisor e interventor incurrirán en **causal de mala conducta** por no exigir, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento⁶¹.

Cuando el interventor incumpla con sus deberes que tienen frente a la entidad, su conducta les puede generar **multas y sanciones contractuales** toda vez que finalmente éste también es un contratista de la administración.

El interventor será **solidariamente responsable**, cuando no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista⁶². De la misma manera, será solidariamente responsable el ordenador del gasto cuando éste sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o no adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados.

Cabe resaltar que de conformidad con lo introducido en la ley 1474 de 2011, en su artículo 44 se establecen como sujetos disciplinables a todo particular realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado a través de una dispo-

⁶⁰ Ley 1474 de 2011, Artículo 84 parágrafo 2º.

⁶¹ Ley 1474 de 2011, Artículo 84 parágrafo 1º.

⁶² Ley 1474 de 2011, Artículo 84 parágrafo 3º.

sición legal, acto administrativo, convenio o contrato, motivo por el cual, en mi sentir los contratistas de apoyo a las tareas propias de la entidad son sujetos disciplinables⁶³.

Claramente estas disposiciones evidencian la gran responsabilidad que tienen los servidores públicos, contratistas (incluidos los de apoyo al supervisor) e interventores cuando ejercen funciones de vigilancia y control en la ejecución contractual, pues, toda acción u omisión que adelanten en desconocimiento de la ley les generará un tipo o varios de responsabilidad.

La ley le exige a ese supervisor e interventor una responsabilidad más grande de la que se le exigiría a cualquier otro servidor público, pues se le exige la que corresponde a un administrador de bienes ajenos (Art. 26 de la Ley 80), porque precisamente eso es lo que el supervisor o interventor debe proteger, el patrimonio público. Conforme a esta exigencia el funcionario público y el contratista deben actuar con una diligencia superior a la que se le pudiere exigir a una persona del común cuando tienen la obligación de vigilar un contrato.

Ahora bien, respecto de los ordenadores de gasto, superiores de los funcionarios que ejercen la supervisión y demás actores en materia contractual, se recuerda que el artículo 12º de la ley 80, modificado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, señala que:

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

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

⁶³ “ARTÍCULO 44. SUJETOS DISCIPLINABLES. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, Quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares Que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o Que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

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

La ley define la responsabilidad de todos los que participan en los procesos contractuales y cuando se refiere a los servidores públicos es precisa al disponer que los jefes y representantes legales en ningún caso quedaran exonerados por delegar funciones en otros servidores públicos. Igualmente serán sujetos disciplinables, ya sea de una responsabilidad civil, fiscal, penal o disciplinaria.

El decreto 734 en su artículo 8.1.6 reglamenta la delegación y desconcentración de los actos y trámites contractuales, reitera la responsabilidad de los jefes y representantes legales de las entidades y de aquellos que delegan en otros funcionarios determinadas funciones, de la siguiente manera:

“Artículo 8.1.6° De la desconcentración de los actos y trámites contractuales. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a los procesos contractuales para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo y asesor, teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos.

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

Para los efectos aquí expresados y de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

Parágrafo. Para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, asesor o sus equivalentes se tendrán en cuenta los criterios que establece la el Decreto Ley 770 de 2005 para los funcionarios del nivel nacional y 785 de 2005 para los del nivel territorial, y las disposiciones que los modifiquen, desarrollen o sustituyan.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

En vista de lo anterior, el superior jerárquico del supervisor así como al supervisor del contrato de interventoría hasta el ordenador de gasto, les asiste una obligación de vigilancia y control sobre el otro en desarrollo de la función de coordinación que les compete en la órbita de sus funciones.

Es común que las entidades y los mismos operadores jurídicos confundan la supervisión y la interventoría, debido a que la ley permite que ambas figuras ejerzan las mismas funciones, a saber: la función técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica pero no en un mismo contrato.

Sobre el particular, el artículo 83 de la ley 80 de 1993, en el cuarto inciso, dispone que:

“Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.”

Conforme a este artículo, no deberían concurrir la supervisión y la interventoría en relación a un mismo contrato. Ahora bien, cuando la entidad por la complejidad y objeto del contrato requiera de un conocimiento especializado o la naturaleza o extensión del mismo lo amerite, podrá contratar a un interventor para que ejerza una función primordialmente técnica y en este caso podrá presentarse la concurrencia de las dos figuras de supervisor e interventor en un mismo contrato pero no así en la misma función.

En efecto, lo que no está permitido es que la supervisión y la interventoría concurren en una misma función en relación al mismo contrato, es decir, el supervisor y el interventor no deben controlar y vigilar conforme a la misma función al contratista principal, v.gr. la función técnica. En consecuencia, previamente se deben repartir las funciones, para evitar que ambos ejerzan vigilancia conforme a la misma función y en consecuencia, se generen dificultades prácticas que incidirán en las jurídicas.

Ahora bien, a pesar de contar con un supervisor al frente del contrato estatal, se da la posibilidad de que se apoye su labor mediante la contratación de un equipo profesional, operativo y asistencial que coadyuve en la gestión de vigilancia y control a él encomendado tal y como lo señalamos cuando diferenciamos entre contratar personal de apoyo al supervisor (incluye profesionales y de apoyo a la gestión) de los de solo apoyo a la gestión.

No obstante lo anterior, **ese personal solo puede ser apoyo al supervisor y de ninguna manera puede contratarse bajo la figura de supervisor** de contrato de otro contratista, lo que no implica que deje de responder en la órbita de sus actividades.

En este sentido, el Departamento Nacional de Planeación manifestó en su concepto⁶⁴ que:

“El estatuto anticorrupción vino a zanjar la discusión en los siguientes términos:

⁶⁴ Memorando para la Dra. Tatiana Mendoza Lara, Secretaria General del DNP. Asunto: Consulta relacionada con las inhabilidades establecidas en la Ley 1474 de 2011 y el alcance la supervisión e interventoría de contratos.

La supervisión la realizará directamente la entidad estatal a través de sus funcionarios cuando no requiera conocimientos especializados. No obstante, cuando lo amerite el respectivo caso, podrá contratar personal de apoyo para que le brinde el soporte requerido al Supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión que en todo caso estará a cargo del Supervisor respectivo.” (Negritas fuera de texto)⁶⁵

Las entidades públicas en aras de cumplir con la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, pueden delegar las funciones de supervisión a los funcionarios públicos de la misma entidad, para que ejerzan la vigilancia y control de la gestión contractual cuando el contrato en particular no requiere de un conocimiento especializado. En todo caso es de advertir que la delegación debe tener en cuenta aspectos tales como la formación profesional del servidor, las funciones del cargo, el rol que juega en la entidad entre otros que permitan evidenciar la idoneidad del delegado.

Cuando por la complejidad del objeto del contrato se requiere de un **conocimiento especializado o la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen**, la entidad puede contratar una interventoría para que se encargue específicamente de la función o funciones que exigen el conocimiento especializado o el desarrollo de las otras funciones. **En todo caso la supervisión del contrato no podrá ser contratada en ningún caso sino el apoyo a la labor del supervisor.**

En cuanto a responsabilidades, los servidores públicos, contratistas e interventores que supervisen contratos o apoyen esta actividad, responderán tanto civil, penal, fiscal y disciplinariamente por el ejercicio de las funciones que le fueron delegadas o contratadas según el caso. De igual forma, responderá el superior que delega funciones dentro de la entidad a sus subalternos, según lo estipula el artículo 12 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, ya que en ningún caso los jefes o representantes legales quedaran exonerados de responsabilidad en virtud de la delegación de sus deberes.

Liquidación de contratos

⁶⁵ La Agencia Nacional de Contratación en respuesta a la consulta presentada por la Dra. Tatiana Mendoza Lara, Secretaria General del DNP. Asunto: Aplicación y alcance del artículo 83 de la ley 1474 de 2011. Numero de radicado de ingreso: 20126400767941 se pronunció en similar sentido mediante concepto en el que señaló “Según lo dispuesto en el artículo 83 de la ley 1474 de 2011, se entiende por supervisión “el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La supervisión deberá ser realizada por la misma entidad estatal. Cuando se requiera un conocimiento especializado, la entidad podrá valerse de personal de apoyo para realizar el seguimiento, sin que la supervisión se traslade al personal de apoyo.

Por tanto no será posible que las personas naturales contratadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en una entidad estatal, puedan supervisar contratos estatales, serán los funcionarios de la misma entidad quien ejercerán la supervisión.” (negritas fuera de texto)

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, una etapa del negocio jurídico en que **las partes** hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.⁶⁶

La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y termine, y más adelante las partes valoran el resultado, con la finalidad de determinar el estado en que quedan las partes frente a éste⁶⁷.

Respecto de los contratos que deben ser objeto de liquidación de los contratos, es claro el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública al establecer en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que “*los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación*”.

En vista de lo anterior, se debe proceder a la liquidación del contrato que así lo requiera, 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*” según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

De no existir tal término, dispone la norma en mención, 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 caso de no arribarse a la liquidación de mutuo acuerdo, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 señala que se podrá realizar unilateralmente dentro de los 2 meses siguientes al término indicado para hacerla voluntaria. En todo caso podrá realizarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha en que hubiere vencido el término para hacerla, periodo dentro del cual, podrá surtir de común acuerdo o unilateralmente.

Al respecto del alcance y efectos jurídicos que se derivan de la Liquidación del Contrato, el Consejo de Estado⁶⁸ ha manifestado lo siguiente:

“En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo imaginarse cuando celebraron el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera –no

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero.

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero.

obstante- se resuelvan mancomunadamente en la liquidación, y para eso intentan definir cómo quedan los derechos y las obligaciones, luego de la ejecución.

En éste último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de mutuo acuerdo, ya que las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que resuelva la situación. Cuando esto acontece, la ley contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico.

Es bueno precisar que si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto termina la ejecución del contrato, existen situaciones en las cuales esto ocurre antes. Tal es el caso en que el contrato termina por una razón distinta a la ejecución: como cuando las partes lo hacen de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que hace imposible continuar la ejecución. En éstos, y en otros casos de similar naturaleza, la liquidación procede en los términos indicados (1).

Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños o inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto que aspira a reclamar ante el juez.

En este sentido, constituye requisito para la prosperidad de las pretensiones de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que debe estar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral. Por esto ha considerado la Sala –sentencia de julio 6 de 2005. Exp. 14.113. CP. Alier Hernández Enríquez- que: “... **la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad...**” (2)

Este criterio aplica tanto en vigencia del decreto-ley 222 de 1983, como en vigencia de la ley 80 de 1993, y actualmente con la reforma introducida por la ley 1.150 de 2007. En relación con las dos primeras disposiciones, la tesis se aplicó con fundamento en un criterio jurisprudencial (3) y legal (4), y frente a la última ley citada aplica, además, por disposición normativa expresa en tal sentido –art. 11-, precepto que simplemente recogió la construcción que durante muchos años hizo el juez administrativo (5).

Pero en esta perspectiva urgen dos precisiones. En primer lugar, que el inciso final del art. 11 –citado al pie de página-, dispone que la parte que tiene derecho a efectuar salvedades, en el acta de liquidación bilateral, es el contratista, lo cual siendo cierto es insuficiente, pues resulta injustificado entender, a partir de allí –y por exclusión- que el contratante –es decir, el Estado- no tiene el mismo derecho, aduciendo que la norma

no le adjudica esa oportunidad. La Sala entiende que se trata de un derecho para ambas partes: de un lado, porque a la luz del art. 13 de la CP. (6) resulta injustificado sostener lo contrario y, de otro lado, porque lógicamente nada se opone a que también el contratante deje observaciones por su inconformidad con el resultado del contrato.

En segundo lugar, la nueva norma citada no dispone que la ausencia de salvedades en el acta impida a las partes demandarse posteriormente, de modo que este aspecto o consecuencia del tema sigue teniendo como fundamento la jurisprudencia de esta Sección, que no admite que las partes se declaren a paz y salvo o que guarden silencio frente a las reclamaciones que deben o debieron tener para el momento de la suscripción del acta de liquidación bilateral, y no obstante eso luego acudan a la jurisdicción, a solicitar una indemnización por los daños que sostienen haber padecido.

Sobre estos conceptos, la Sección ha expresado lo siguiente, a lo largo del tiempo:

“Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tengan cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de las prestaciones surgidas del contrato...” (...)

“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad.

“El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él...” (7)

“También ha dicho la sala que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, dado su carácter bilateral, tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma.

“Dicho de otra manera, de las salvedades o constancias efectuadas por el contratista en el acta de liquidación del contrato depende que pueda acudir ante el juez para que resuelva los reclamos que no atendió la administración durante su ejecución o para que los valores que reclamó en la diligencia de la liquidación

y que no fueron atendidos, o no fueron allí incluidos, o expresamente le fueron negados, sean reconocidos.”(8)” (negritas y subrayas fuera de texto)

En vista de lo anterior, ante una eventual inconformidad por parte del contratista que no se haya podido solucionar de común acuerdo con la Administración, aquél puede hacer las salvedades que correspondan en el acta de liquidación para buscar con posterioridad la eventual reclamación.

En vista de lo anterior, debe precisarse que en la liquidación de los contratos estatales son las partes del contrato las que deben hacer la liquidación de los mismos y en consecuencia, debe ser suscrita como mínimo por el jefe de la entidad o en quien éste hubiere delegado esta función y por el representante legal del contratista. La firma del supervisor o interventor o cualquier otro interviniente tendrá el efecto de “avalista” del contenido del Acta de Liquidación y generará las responsabilidades a que haya lugar según sus competencias, pero quienes liquidan el contrato son las partes.

En caso de que la posición contractual hubiere sido cedida o subrogada, la nueva parte contractual asumirá dicha posición igualmente en la liquidación. Si la entidad receptora del contrato no fuere subrogada en la posición contractual sino que fuere simple depositaria de la información y documentación del mismo, la liquidación de dicho contrato debe hacerla la parte contractual que hubiere estado activa durante la ejecución contractual, toda vez que es a aquella a quien le consta lo ocurrido en desarrollo del contrato.

En la liquidación debe darse cuenta de:

- El cumplimiento obligacional del contrato
- El estado de la extensión de las garantías, principalmente las poscontractuales como las de estabilidad y calidad y en consecuencia, se entienden verificadas y aprobadas en este documento.
- La verificación del cumplimiento a lo largo del contrato, de los aportes al sistema de seguridad social constatando los montos cancelados contra los que ha debido cancelar.
- Los reconocimientos económicos que resulten procedentes.
- Demás aspectos que la entidad considere relevantes.

De la reforma legal se destaca que la Liquidación de contratos No es obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de conformidad con lo establecido en el artículo 217 del Decreto Ley 19 de 2012, motivo por el cual, si la entidad considera adecuado y necesario hacer la liquidación podrá hacerlo según su buen criterio.

Lo cierto es que no en todos los contratos la liquidación será obligatoria sino en los de tracto sucesivo y aquellos que lo requieran que no son todos los contratos estatales, pues liquidar un contrato de ejecución instantánea que puede tener un plazo de ejecución

de un día o de unas semanas, puede resultar desgastante administrativamente sin que reporte beneficio alguno para la administración pública.

Audiencia sancionatoria y sanciones contractuales

Una novedad relevante introducida por el Estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) fue la de dar un trámite expedito y preferente a la sanción de los contratistas incumplidos.

En efecto, se dispuso en el artículo 86 de dicha disposición legal que se haría una audiencia en la que se escucharía al contratista y a su garante en el caso de que sea una aseguradora, para que tengan la oportunidad de defender y/o aclarar las razones que llevaron al incumplimiento, motivo por el cual, la administración debe llegar a esas audiencias con la disposición y el ánimo de escucharlos y no llevar predispuesta una posición pues en la práctica uno se encuentra con casos donde por ejemplo, el incumplimiento se obedeció al sabotaje que el supervisor o interventor le hizo al contratista, o que hubo una diferencia interpretativa que en vez de resolverse primero el supervisor o interventor optó por sancionar, etc.

Mala práctica de algunas entidades es citar a la aseguradora por medio de una copia de la citación que se envía al contratista, pues la copia solo informa, así que recomiendo enviar comunicaciones separadas para evitar violaciones al debido proceso.

De igual forma, se utiliza mal esta audiencia cuando se busca resolver diferencias interpretativas sobre el contenido del clausulado contractual, pues para estas discrepancias existen otros mecanismos como los métodos alternativos de solución de conflictos. La audiencia es para, respetando el debido proceso, sancionar al contratista cuando existe certeza de la exigibilidad de la obligación a cargo de la administración y no cuando hay conflicto sobre su alcance y contenido.

El tiempo de intervención del contratista y la aseguradora no se puede limitar, pero si veo conveniente que después de la intervención de aquellos se otorgue el uso de la palabra al supervisor o interventor del contrato para que rinda su versión de los hechos a lo cual, deberá darse un nuevo plazo ahí si considero yo limitado, para que se pronuncien tanto el contratista como la aseguradora únicamente sobre lo dicho por el supervisor o interventor.

En la audiencia las partes quedan notificadas de la decisión de la entidad, bien sea para absolver o sancionar y el tipo de sanción que se escoja según lo apreciado por la entidad.

Una situación que he visto en la práctica es que algunos contratistas no se presentan a la audiencia con el objeto de dilatar el trámite. A este respeto, considero que por respeto al debido proceso habría que darle una nueva oportunidad partiendo de la presunción de buena fe (Artículo 83 de la C..N.) y si en la segunda oportunidad tampoco comparece,

la entidad debería tomar la decisión con la información que tenga en su poder, tomando como indicio en contra del contratista su no comparecencia a la diligencia y deberá notificarlo personalmente de dicha decisión.

Sobre las multas e incumplimientos el Estatuto Anticorrupción no cambió nada de la Ley 1150 que en su artículo 17, mantuvo la estructura de multas e incumplimientos donde las multas son para apremiar el cumplimiento del contrato cuando la obligación aún está pendiente de ejecución.

En cambio, los incumplimientos se dan cuando ya la prestación ya no es útil y la entidad no puede tolerar que se siga presentando ese tipo de incumplimientos⁶⁹.

A lo anterior hay que sumar la posibilidad de regular los Acuerdos por Niveles de Servicio (ANS) en desarrollo de los cuales, contractualmente se pactan unos descuentos automáticos por la disminución en la satisfacción del servicio reportada a la entidad. Es tradicionalmente usado en contratos de tecnología pero es posible usarlo en otro tipo de contratos. En mi concepto, este tipo de regulación como tal no es ni multa ni incumplimiento sino una reducción del costo por cuenta del contratista, generada como consecuencia de la menor satisfacción brindada por el contratista a la entidad, lo que implica claramente que no tendría que adelantar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para imponerlas, sino que adoptaría el procedimiento contractualmente establecido para estos efectos, el cual debe ser comprobable, controvertible y verificable. En vista de lo anterior, esta regulación tampoco tendría que ser objeto de reporte a las Cámaras de Comercio, ni inhabilitarían para contratar, pero en todo caso si es recomendable que en el contrato se regule un límite a partir del cual un determinado porcentaje de descuentos comiencen a generar sanciones con multas o incumplimientos para que no se abuse de la figura y no se desnaturalice la finalidad de la contratación.

La figura del incumplimiento puede ser parcial o puede ser total cuando se evidencia que la prestación no será cumplida afectando la ejecución del contrato, para lo cual se podrán tomar medidas drásticas como terminación unilateral del contrato por incumplimiento si se pactó en el contrato. Esta no es la terminación unilateral exorbitante de que trata la Ley 80 que es por muerte, discapacidad permanente, liquidación obligatoria, etc., sino que es la terminación unilateral que se pacta por incumplimiento, por autonomía de la voluntad de las partes.

¿Para qué sirve la terminación unilateral por incumplimiento? En los casos en los cuales, verdaderamente haya un incumplimiento grave que no permite cumplir el contrato, la entidad podrá salir del contrato sin llegar a la caducidad cuando le sea posible, porque

⁶⁹ El ejemplo práctico es el servicio de transporte de funcionarios, el transportista si llevó a los funcionarios pero lo hizo tarde, así que ya no puedo imponer una multa porque ya prestó el servicio, pero no puedo tolerar a futuro que se siga presentando esta situación, así que siempre que lo haya pactado en el contrato, la entidad podrá declararle incumplimientos parciales según la gravedad del mismo.

cuando amerite la caducidad debe imponer la caducidad para impedir que los contratistas incumplidos sigan contratando con el Estado. Entonces la terminación unilateral no es exorbitante, pues incluso en los contratos privados es posible pactarlo, v.gr., arrendamiento, mandato, servicios públicos, etc., de hecho en el SECOP están unos modelos de pliegos y de contratos, en el cual encontrarán el modelo de cláusula unilateral de terminación por incumplimiento que les recomiendo adoptar en sus entidades.

Ahora bien, las multas y los incumplimientos deben reportarse al Registro Único de Proponentes, de manera que cinco multas, dos incumplimientos o dos multas y un incumplimiento parcial o total, genera la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de tres años. De igual forma tales sanciones deben reportarse a la Procuraduría General de la Nación y a la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República así como al SECOP según lo dispone el artículo 31 de la Ley 80 modificado por el Decreto Ley 19 de 2012 y el Decreto 734 de 2012.

SESIÓN DE PREGUNTAS

Participante: Tenía un pequeño comentario acerca de la posibilidad de aportar los documentos que acreditan la capacidad jurídica con posterioridad a la fecha del cierre, no conozco el fallo del Consejo de Estado pero digamos que a ciegas comparto esa opinión en el sentido que el Código de Comercio permite la notificación después de la oferta y la contratación se rige por todo lo que no esté regulado por la ley 80 de 1993. Tenía dos dudas, una relacionada con un mecanismo de evaluación que se ha hecho popular de unos años para acá, desde que empezó a aplicarlo FONADE y es el tema de separar el sobre económico y del sobre con los requisitos habilitantes, de manera que uno hace la evaluación con los requisitos habilitantes, y una vez tiene determinado quien cumple abre el sobre económico y en audiencia pública bajo un mecanismo que se determina en el pliego se hace el sorteo de la formula económica con la cual se establece cual es el ofrecimiento más favorable. En alguna oportunidad la Procuraduría nos hizo la observación de que ese procedimiento violaba el traslado al que hace referencia el artículo 30 de la ley 80 porque si bien se daba traslado por cinco días hábiles del informe inicial de cumple o no cumple, ese ponderable que también hace parte de la evaluación se surtía en audiencia y eso violaba en ese contexto el artículo, el procedimiento; y la segunda pregunta tiene que ver con una situación que en el decreto no se modifica pero yo quisiera saber que se profundizado al respecto y tiene que ver con la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría porque en el anterior párrafo del artículo 54 del decreto 2474 de 2008 y aquí se reproduce, se plantea a grandes rasgos que por labores de asesoría, asistencia o apoyo que se entiendan de consultoría, estamos hablando de cosas técnicas, cosas de ingeniería, esa es una distinción que no es muy clara, nosotros tenemos entidades que contratan un abogado para que haga el manual de contratación y lo contratan como consultoría. Yo pensaría que cualquier asesoría en

últimas que genere un producto se asimila a consultoría, no sé si a la luz de este párrafo, ¿Cuál es su opinión al respecto?

Conferencista: el fallo del Consejo de Estado al que usted hace alusión distingue al problema de la capacidad jurídica con el de la representación donde aclarar que el hecho de que el representante legal carezca de facultades para representarla no quiere decir ello que la persona jurídica tenga deficiencias en su capacidad ya que esta se verifica por su objeto social, así que considerando el fallo de ese mismo Tribunal del 26 de enero de 2011 que declaró ajustado a la ley que la capacidad jurídica no es subsanable como condición habilitante, entonces si hay un fallo inter-partes y otro fallo erga-omnes de legalidad pues yo creo que considerando que pesa más el de legalidad por una regla de interpretación, debo expresar que comparto su opinión en el sentido de que si en el derecho privado yo puedo ratificar, ¿Por qué en el derecho público no? Y este fallo al que usted alude aclara esos dos fenómenos. Sin embargo, la norma al estar así planteada y declarada legal por el Consejo de Estado, habría que analizar el tema a la luz del fallo mencionado considerando que la ratificación de las facultades del representante legal de manera posterior al cierre podría interpretarse como acreditar una condición ocurrida con posterioridad al cierre que está prohibido actualmente en el Decreto 734 de 2012.

La primera pregunta suya estaba relacionada con el tema del sobre económico, ciertamente la ley no regula el tema de la evaluación económica pero, lo que yo he visto en la práctica internacional como la mejor, es que siempre se valora a menor precio, entonces yo sé que en muchos lugares se inventan el sorteo de la formula aritmética, geométrica, que personalmente no comparto porque considero que hay que buscar las eficiencias y para eso se debe tener una buena supervisión, unas buenas especificaciones técnicas, de ahí que no tengo porque buscar unas medidas en la evaluación que no van a propender por la eficiencia de la entidad. No obstante lo anterior, como la ley no prohíbe evaluar precio con medias, las entidades públicas sí podrían regular que la escogencia de la fórmula a aplicar sea de manera previa a la evaluación para que pueda ejercerse el derecho a la contradicción por lo que en mi sentir, considero que el entendimiento de la Procuraduría es acertado porque el derecho de contradicción del proponente versa sobre todo el informe de evaluación y no sólo sobre los requisitos habilitantes únicamente, entonces ¿Qué ocurre si la entidad por cualquier motivo una vez hecho el sorteo aplica la fórmula escogida y se equivoca? El proponente no tendría la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, entonces desde esa perspectiva yo pensaría que es posible que el procedimiento que no tenga en cuenta este aspecto no está ajustado a la ley en esa medida.

Falta una pregunta y es sobre las asesorías técnicas, allí hay que diferenciar una cosa, consultoría no es cualquier objeto que se llame diseño, estudio, o asesoría técnica; es lo que la Ley 80 de 1993 definió taxativamente en el artículo 32⁷⁰. Lo que hace ese párrafo al que usted hace alusión, donde define que es asesoría técnica, es precisamente

70 Op.Cit.

limitar que tal asesoría técnica a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 sea consultoría. Pero las demás asesorías, como por ejemplo la asesoría jurídica que no corresponde a la del artículo 32, es una prestación de servicios y como tal debe ser el tratamiento. La diferencia entre consultoría y prestación de servicios es que la primera tiene un criterio residual excluyente y lo que no quede comprendido o no encuadre expresamente dentro de la definición de consultoría, por consecuencia lógica será una prestación de servicios.

Participante: Una pregunta, me surge duda con el régimen de transición del RUP porque entiendo en la presentación, que en este momento las entidades tendríamos que solicitar los requisitos del Decreto 1464 de 2010 y los índices que no están allí previstos pues tendríamos que verificarlos, sin embargo este inciso final de este artículo, establece, me permito leerlo porque es corto: las disposiciones contenidas en el presente artículo aplicarán a partir del momento en que las cámaras de comercio actualicen sus herramientas tecnológicas para aplicar el presente decreto de acuerdo a los tiempos establecidos, que como decía el Dr., son alrededor de cuatro meses. Yo había entendido que este régimen de transición tiene varios momentos; un primer momento hasta cuándo las cámaras de comercio tengan las herramientas tecnológicas en el que las entidades debemos seguir aplicando el 1464; un segundo momento, cuando las entidades ya tengan las herramientas tecnológicas y es donde va a ese momento de los que se quieran inscribir por primera vez lo hagan con el Decreto 734 y los otros lo vayan renovando en la medida que sea exigible y allí si las entidades tendríamos que entrar a verificar los índices que no están y ya la aplicación normal pasado ese tiempo de transición. Entonces yo quisiera saber cuál es la interpretación.

Conferencista: Digamos que el Decreto Ley 19⁷¹, se quedó corto en el régimen de transición a diferencia de lo que hizo la Ley 1150⁷² en su momento, entonces esta situación genera la dificultad para el reglamento, por lo que ocurre que como el decreto ley tiene categoría de ley, su aplicación es inmediata porque no se previó ninguna distinción. El Decreto 734⁷³ trata de mitigar un poco ese impacto. En efecto, lo que tú dices es parcialmente acertado en la medida en que hay varios momentos, pero tales momentos son distintos. En el manual de preguntas frecuentes que esta semana se actualizará en el SE-COP, el último concepto de Planeación Nacional dice que los requisitos verificables que se pueden constatar del RUP los tomará de éste, la información adicional que no pueda tomarse de ahí, lo verificará de manera directa la entidad, mientras que la Cámara de Comercio actualiza su sistema e incorpora la información y mientras el proponente trae el nuevo certificado. Ya con el nuevo certificado, a ese proponente no se le pueden pedir estados financieros ni otra información que verifique el RUP 2.0, pues únicamente se puede tomar la información del RUP, mientras tanto la entidad tiene que hacer esa verificación de manera directa.

71 Op. cit.

72 Op. cit.

73 Op. cit.

Se habla de varios momentos porque mientras la Cámara de Comercio actualiza la información, debe verificar la entidad y cuando la Cámara de Comercio ya tenga los sistemas actualizados a las exigencias normativas del Reglamento, la entidad debe tomar únicamente la información del RUP y solo podrá verificar información del proponente en la medida en que el RUP no haya debido verificarlo.

Este periodo de transición va hasta el momento en que todos los proponentes tengan actualizada la información, de hecho hay proponentes que en este momento están renovando su matrícula por un año, entonces podrían ir por el régimen del 1464 hasta el otro año.

Esto va a ser un proceso largo ciertamente, donde la entidad tendrá que hacer esas verificaciones tomando la información y dándole validez al certificado actual. Ese es el otro punto en el que tú tienes toda la razón respecto del certificado actual, el cual tiene plena validez y la información que hay allí se tiene que requerir pero guardadas proporciones, por ejemplo, los puntajes que les seguirán reportando las Cámaras de Comercio no se puede exigir porque se eliminó la calificación en el Decreto Ley 19; el concepto del DNP del 17 de mayo de 2012 lo pueden encontrar en el link de preguntas frecuentes, donde lo pueden descargar y para tomarlo como carta de navegación en la aplicación del régimen de transición que es un poco precario, con las limitaciones legales que les comentaba.

Participante: La pregunta es la siguiente, tiene que ver con la publicación de los contratos en las gacetas y en particular los que cancela el contratista en el momento de la suscripción del contrato, obviamente la ley en trámite nos dijo que no se publicarían más contratos incluyendo estos que acabó de mencionar, pero si me preocupa que hay unas cuantías muy superiores a los 50 salarios mínimos que manejaba el decreto anterior y esas cuantías si son bastante elevadas, lo que me da a entender que esos contratos si se seguirán publicando. En ese momento se me escapa el monto de la cuantía, y la segunda pregunta que es más una opinión y es respecto de los contratos que ya se venían publicando antes del 1 de junio, ¿se seguirán publicando cuando se le hagan las respectivas adiciones?

Conferencista: Con relación a la primera pregunta, lo que pasa es que una vez deroga el Diario Único de Contratación y las gacetas territoriales, independientemente del monto, usted ya no tiene que publicarlos, por más cuantioso que sea el contrato, y en consecuencia, el único mecanismo de publicidad que tiene previsto la ley es el SECOP y allí sí se tendrá que publicar toda la información contractual.

Respecto de la segunda pregunta sobre lo que sucede con los contratos que yo tuve que publicar en vigencia de esa norma y de manera posterior hago una modificación cuando

ya no existe esa obligación, habría que analizarlo con detenimiento, pero pensaría yo inicialmente, que por una regla que hay en la Ley 153 de 1887⁷⁴, que establece que los contratos se rigen por la norma vigente al momento de su celebración y como lo accesorio correr la suerte de lo principal, en esa medida se tendría que seguir publicando hasta que termine el contrato cualquier modificación al mismo siempre que el documento principal haya sido publicado en la gaceta.

Participante: Sabemos que el tema del SECOP ha sido muy útil para el tema de contratación y a veces es difícil cambiar el tema de la cultura, en cuanto a los efectos de publicación en el SECOP algunas entidades siguen publicando muchas de las actuaciones que sólo producen efectos jurídicos como ustedes lo señalaban en cuanto a la publicación, en ese sentido cuando se da una situación que resulte estresante para las personas que manejan el SECOP porque todo medio tecnológico no funciona 100%, y se puede dar la situación de que estando al borde de publicar una adenda para el tema de una licitación, no se pueda por fallas tecnológicas, ¿Qué medida pudo tomar? ¿Tengo que realizar un aviso y publicarlo al otro día?

Conferencista: Cualquier herramienta tecnológica puede sufrir fallas y hay que diferenciar el SECOP informativo y el SECOP transaccional. En el primero de ellos ustedes podrán mirar que en los términos de condiciones y usos, se establecen unas fallas de disponibilidad y hay todo un protocolo para obtener esa certificación de manera que técnicamente yo tengo que publicar la información después, jurídicamente depende de la actuación, si afecta mi proceso contractual yo tendría que mirar si tengo que hacer una resolución de saneamiento, prorrogar, expedir una adenda, etc., pero ello depende de la etapa del proceso. Jurídicamente yo tengo que buscar un procedimiento y en todo caso yo tendré que publicar una vez que el sistema se encuentra disponible.

En el SECOP transaccional, hay una regulación especial cuando se dispone que si hay una falla, si se puede resolver, se debe sanear con el procedimiento que acabo de describir y si definitivamente no se puede arreglar y no se puede continuar el proceso contractual, entonces se debe continuar con la fase informativa.

Lo que yo tendría que buscar es publicarlo de todas maneras en el SECOP y buscar jurídicamente el medio más idóneo para subsanarlo, dependiendo de la forma en que afectó legalmente mi proceso.

⁷⁴ LEY 153 DE 1887 (Agosto 15) Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15805>

Riesgos previsibles en el Decreto 734 de 2012, a la luz del documento CONPES 3714 de 2011

Junio 20 de 2012

Muchas gracias a la Alcaldía, en particular al Dr. Luis Eduardo Sandoval por esta amable invitación, les agradezco haber corrido nuevamente el riesgo de venir a escucharme con este tema tan importante, al que le prestamos muy poca atención la mayoría de las veces y que en últimas, resulta ser uno de los temas angulares de la contratación pública, me refiero a los riesgos previsibles; en esa medida los invito a abrir su mente a un nuevo concepto de riesgo previsible que introduce el Decreto 734⁷⁵ y a que piensen en la ejecución de un contrato matrimonial. En efecto, el matrimonio es un contrato, algunos dicen que es un negocio, yo simplemente me quedo con el concepto jurídico de contrato y poco a poco vamos a ir trasladando esos conceptos al contrato estatal y veremos que ese matrimonio entre la entidad pública y el contratista, es lo que precisamente pretende regular el tema de los riesgos previsibles.

Desde la Ley 80 de 1993⁷⁶ se hacía una aproximación al concepto del riesgo en sentido general, pero en particular se hablaba del riesgo imprevisible. Recordarán la numerosa jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la teoría de la imprevisión, en virtud de la cual ante hechos imprevisibles e irresistibles, la administración tenía que salir a restablecer el equilibrio económico del contratista que en concepto de la Ley 80, incluía la garantía de utilidad; una cosa es restablecer el equilibrio económico -se rompe el equilibrio por una circunstancia imprevisible e irresistible- y otra cosa es que además de mantener ese equilibrio, hubiera garantía de utilidad. Esa garantía de utilidad llegaba a tal punto que si el contratista no había previsto dentro de su oferta esa utilidad, la entidad tenía que reconocerla por vía de reclamación, por esa razón, se observa que ante la ausencia de un concepto de riesgo previsible y ante la nefasta experiencia de garantizarle la utilidad al contratista que artificiosamente no la había incluido dentro de su estructura de costos, en perjuicio de los demás proponentes serios que si la habían ofertado, la Ley 1150⁷⁷ elimina la garantía de utilidad, ¿Elimina el restablecimiento del equilibrio económico? No, elimina la garantía de utilidad ¿Qué quiere decir esto? Que si bien la administración sigue conservando la obligación de mantener el equilibrio económico

⁷⁵ DECRETO 734 DE 2012 (Abril 13) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>.

⁷⁶ LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>.

⁷⁷ LEY 1150 DE 2007 (Julio 16) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>.

del contrato, no está obligada a garantizar la utilidad que el contratista no incluye en su oferta económica.

Esto parte del hecho de reconocer que no todo el mundo oferta con utilidad, tampoco será aceptable quien oferte a pérdida, lo cual por supuesto, sería una propuesta artificiosa; pero puede haber casos en los que un proponente coteje a precio de costo por razones válidas dentro del mercado. Por esa razón, la Ley 1150⁷⁸ elimina la garantía de utilidad pero es bastante exigente con la planeación contractual dentro de los componentes en los que se encuentra el riesgo previsible, incluye en su artículo 4⁷⁹ que las entidades públicas como el Distrito, deben hacer el análisis de sus riesgos previsibles. En esa medida la Ley 1150 de 2007⁸⁰, por una parte ataja el tema de la garantía de utilidad y sigue manteniendo el concepto de equilibrio económico, pero señala y establece que ese equilibrio económico debe partir de la base de un estudio, de un análisis de los riesgos previsibles, razón por la que les solicito comprender en todo su sentido el concepto de equilibrio económico, que será nuestra carta de navegación a lo largo de la presente exposición.

La definición que hizo en su primer momento el Decreto 2474⁸¹ proveniente del Decreto 66⁸², hizo una aproximación al concepto de riesgo previsible. No obstante lo anterior y ante las dificultades en su aplicación, el Decreto 734 en su artículo 2.1.2⁸³, redefinió

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ LEY 1150 DE 2007. *Ibíd.* - ARTÍCULO 4°. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>

⁸⁰ *Op. Cit.*

⁸¹ DECRETO 2474 DE 2008 (Julio 7) Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

⁸² DECRETO 066 DE 2008 (Enero 16) Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28244>

⁸³ DECRETO 734 DE 2012. *Op. Cit.* ARTÍCULO 2.1.2. DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública.

y reformuló el concepto de riesgo previsible y por esa razón, los invito a leer el decreto porque una de las cosas que he notado en los distintos foros a los que he sido invitado, es que la gente habla del decreto por rumor y de oídas, para los que no son abogados el término de oídas proviene del testigo de oídas, al que no le consta de primera mano sino que testifica porque escuchó de otro, lo sabe por otra fuente no tan certera. Eso es lo que está pasando con el Decreto 734⁸⁴, la gente no lo lee y parten de supuestos que en su mayoría no hacen parte del contenido del mismo.

Me ocurrió en un departamento, en donde una participante intervino por 20 minutos diciendo que el decreto era inútil, que ¿Cómo era posible que eliminara el anticipo? Al preguntarle si había leído el decreto ella respondió negativamente, aclarando que eso lo había escuchado de un compañero, a lo que respondí que el decreto no podía eliminar el anticipo y no lo hizo, por el contrario estableció su forma de administración.

Entonces para que ustedes no hagan el oso iuris, el “oso jurídico” como le ocurrió hace un tiempo a un señor en un acuerdo para la prosperidad, en donde dijo que la nueva fórmula del K residual había matado a la consultoría en Colombia, desconociendo que el K residual opera únicamente para obra pública, como expresamente lo señala el Decreto ley 19⁸⁵, es importante leer todo el decreto y ahondar en el título segundo que se refiere a la planeación contractual, en donde se encuentra el concepto de riesgo previsible.

Si lo comparan con el artículo 88 del Decreto 2474⁸⁶, van a encontrar que está absolutamente reformado, sufrió un cambio extremo y en consecuencia, ese concepto se articula con la metodología que el documento CONPES 3174 de 2011 señaló para estos efectos.

blica y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos preVISIBLES efectuada por la entidad en el respectivo pliego. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>.

⁸⁴ Op. Cit,

⁸⁵ DECRETO 19 DE 2012 (Enero 10) Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>.

⁸⁶ DECRETO 2474 DE 2008 (Julio 7) ARTÍCULO 88. DETERMINACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y 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.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto den-

¿Qué señaló ese CONPES? Hizo un estudio de los distintos tipos de riesgos involucrados en la contratación pública distinguiendo los previsibles de los que no lo son.

Riesgos imprevisibles. Comencemos hablando de los de la Ley 80, los riesgos imprevisibles. Por definición, lo imprevisible se opone a lo previsible, el riesgo imprevisible es todo aquello que yo no puedo prever, por ejemplo, los hechos de la naturaleza son imprevisibles, pero les pregunto yo, ¿En Bogotá será previsible que llueva? Por supuesto, parte del vestuario Capitalino es la sombrilla o el paraguas; pero si hay una ola invernal como la que sufrimos a comienzos del año 2011, que rompió los límites de pluviometría según el IDEAM⁸⁷, en este caso ¿Se entiende que la lluvia en Bogotá fue imprevisible para esos efectos? Claro que sí, porque no era posible pronosticar una ola invernal de esa magnitud.

Yo puedo prever algunos estándares históricos de pluviosidad en la ciudad, pero yo no puedo prever que lloviera de la forma como llovió en el primer semestre del año 2012; ahí comenzamos a entender el concepto del riesgo previsible, les dije de entrada que comenzaran a pensar en el contrato matrimonial. Hoy en día ¿Cuál es la principal causa de divorcio? Es la falta de distribución del riesgo previsible, todos los problemas matrimoniales, en realidad obedecen a que desde el noviazgo, no se previó quién iba administrar el dinero, cómo se iba a educar a los hijos, cuál era la religión a adoptar, cómo iba a ser el manejo de la cocina etc.

¿No eran previsibles esos problemas en el matrimonio? Por supuesto, sin embargo, no se regularon desde un principio y en la ejecución del contrato matrimonial comienzan a surgir controversias. Lo mismo ocurre con la administración pública, lo que yo no preveo antes de iniciar el contrato, comienza a generar controversias en la ejecución contractual y surgen las discusiones con la entidad por no haber realizado un estudio exhaustivo de los riesgos previsibles.

Riesgos cubiertos por el régimen de garantías ¿Es un riesgo que el contratista incumpla? Si, por supuesto es un riesgo y por eso la ley y el reglamento, así como el contrato regulan los mecanismos de apremio del cumplimiento por vía sancionatoria y de

tro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego.

Parágrafo. Modificado por el art. 8, Decreto Nacional 2025 de 2009. A criterio de la entidad, la audiencia a que se refiere el presente artículo podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o realizarse de manera previa a la apertura del proceso. **Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Autofechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.** <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

⁸⁷ IDEAM: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales.

efectividad de las garantías que hacen parte de este régimen, pero eso o los hace riesgos previsible. El riesgo de cumplimiento, todos los amparos que se derivan del cumplimiento, así como la responsabilidad extracontractual ya están cubiertos por el régimen de garantías y en consecuencia no tienen por qué ser objeto de regulación por el riesgo previsible porque el régimen de garantías ya reglamenta estos temas relacionados con el cumplimiento y la responsabilidad extracontractual, luego no tiene por qué regularse de nuevo en la matriz de riesgos.

Nos referiremos ahora a las **obligaciones contingentes** ¿Qué es una contingencia? Una eventualidad que se me puede presentar en la ejecución del contrato y para la cual yo preveo un mecanismo presupuestal para administrar esos eventos específicos. En materia de contratación ¿Cómo funciona? En el contrato yo determino una partida específica para cubrir unas situaciones eventuales, que de presentarse en el contrato, me permitirían acudir a esa bolsa de presupuesto para atenderlas; por lo tanto, si yo ya tengo destinado un porcentaje presupuestal para atender ciertos eventos, estos tampoco hacen parte del riesgo previsible ¿Por qué no hace parte del riesgo previsible? Porque ya estoy administrando el riesgo a través del régimen de obligaciones contingentes que está regulado por el Ministerio de Hacienda, en consecuencia al estar regulado y al estar atendido por una bolsa presupuestal previamente determinada, esos eventos no tienen por qué ser objeto de distribución en la matriz porque ya están administrados.

¿Eventualmente lo que para una entidad podrá ser riesgo previsible para otra entidad podrá ser riesgo contingente si lo administra a través de una partida presupuestal? Pues sí, eso puede suceder, lo importante es que no se regule dos veces, es decir, que se regule y se diga que el riesgo “X” se va a atender con cargo a una partida presupuestal que se congela para esos efectos en el contrato pero además la matriz de riesgo lo administra y lo deja en cabeza del contratista ¿Corre por cuenta del contratista ese riesgo? No, ¿Por qué? Porque quien va a asumir esa eventualidad es la bolsa presupuestal definida, entonces en realidad no se está efectuando la transferencia de riesgos y si no transfiero el riesgo no hay riesgo previsible, en consecuencia se administrará a través del régimen que corresponde.

De otro lado, los **riesgos generados por malas prácticas**, por el funcionamiento de la entidad, por los permisos de ingreso y salida, entre otros ¿De quién son responsabilidad? ¿De la entidad o del contratista? De la entidad por supuesto, si las entidades tienen procesos administrativos paquidérmicos, tienen que reformular y ordenar sus procesos internamente, en consecuencia ese tipo de malas prácticas tampoco pueden ser incorporadas en el pliego de condiciones, por ejemplo, los retardos en el pago serán por cuenta del contratista ¿Quién es el responsable del pago una vez se han completado los requisitos para pago? La entidad, es un riesgo que le pertenece a la entidad, no lo podemos trasladar además porque entra en la órbita del cumplimiento al que ya hicimos referencia, aclarando además, que todo riesgo que se traslada al contratista encarece el costo de su oferta porque no es lo mismo que el contratista tenga que asumir los costos

de transporte y desplazamiento o que la entidad los asuma, obviamente el contratista va a subir el valor de su oferta para poder estimarla variación que hay con los tiquetes aéreos, por ejemplo, y puede que aumente o disminuya su ganancia, pero el riesgo lo está corriendo el contratista, entonces fíjense que en la medida en que yo traslado los riesgos, obligo al contratista a contemplarlos dentro de su estructura de costos, para poder solventarse y esto es lo que ocurre con el problema del A.I.U. (administración, imprevistos y utilidad)

Resulta que ese concepto de imprevistos es un tema que históricamente viene siendo utilizado para contratos de obra y en otros contratos en donde los imprevistos no son los riesgos imprevisibles porque si son imprevisibles obviamente no los puedo prever; ese concepto de imprevistos que se introdujo al contrato de obra, vigilancia, servicios temporales y demás, en realidad hace referencia al riesgo previsible del contratista, pero su nombre no le favorece y el llamarlo imprevisto ha hecho que la Contraloría General de la República en conceptos reiterativos manifieste que como son imprevistos y si no se acredita que ocurrieron eventos imprevistos en el contrato, tiene que devolver el dinero a la administración por ese concepto⁸⁸.

Claro, en realidad los imprevistos no son riesgos imprevisibles porque los riesgos imprevisibles ¿Los puedo prever? No, en consecuencia esos imprevistos son riesgos previsibles, el problema es que tendremos que cambiar el concepto de A.I.U por A.R.P.U (administración, riesgos previsibles y utilidad)- o A.U. (administración y utilidad), ahí les dejo la inquietud-. Entonces ¿Qué son los riesgos previsibles? Para efectos de los riesgos previsibles el artículo 4 de la Ley 1150⁸⁹ dispone expresamente que los pliegos de condiciones deberán realizar la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles y en consecuencia, ya podemos ir aproximándonos un poco al concepto.

¿La contratación directa tiene pliegos de condiciones? ¿La mínima cuantía tiene pliegos de condiciones? ¿Sí o no? Nótese como el artículo 4º de la Ley 1150 se encamina a regular la distribución de riesgos en los pliegos de condiciones, luego en mi sentir, en las modalidades de selección por contratación directa o mínima cuantía no habría lugar a hacer la matriz de riesgos lo que no implica que en todo caso en el contrato directo o en la invitación pública se regule adecuadamente la distribución de los riesgos que puedo prever.

⁸⁸ A la fecha de la publicación de este libro, la Contraloría General de la República ya revaluó este concepto y estableció que no era devolutivo el concepto de Imprevistos.

⁸⁹ LEY 1150 DE 2007 (Julio 16) Op. Cit. ARTÍCULO 4º. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=25678>

Entonces se señalan en el artículo 4 dos conceptos, en primer lugar, que en los pliegos de condiciones se haga ese análisis de riesgos; y en segundo lugar que se haga una audiencia de distribución de riesgos obligatoria para la licitación pública. En desarrollo de lo anterior, el artículo 2.1.2 del Decreto 734⁹⁰ introduce el nuevo concepto de riesgos previsibles que parte del concepto del equilibrio económico del contrato, ese equilibrio económico, esa ecuación, debe ser pactada en el contrato, es ahí en donde deben quedar estipuladas unas condiciones justas para las partes intervinientes y ese equilibrio es obligatorio mantenerlo a lo largo de la ejecución del contrato tanto para el contratista como para la entidad porque es de doble vía y en consecuencia sólo por circunstancias no previstas que rompan ese equilibrio podrá buscarse por vía de la teoría de la imprevisión un restablecimiento económico, pero si era parte de lo que yo preví dentro del equilibrio económico, no podrá ser exigido con posterioridad.

Volviendo al ejemplo del contrato matrimonial, si se pacta que la señora se encargará de pagar los servicios públicos y el señor se encargará del colegio de los hijos y eventualmente se encarece el costo de los servicios públicos ¿Quién lo tiene que asumir? Objetivamente, la señora y si el costo de los colegios se disparara ¿Quién lo tiene que asumir? El señor, ¿por qué razón? Porque así se definió en la distribución de los riesgos. Estamos hablando de que como haya quedado pactado en el contrato tiene que ser asumido el riesgo de lo que suceda. Eso es el equilibrio económico, se distribuyen una serie de eventos, de riesgos que si ocurren corren por mi cuenta y riesgo, son a mi costo en caso de que se materialicen y no puedo luego por vía del equilibrio económico solicitar su restablecimiento.

De ahí la importancia de realizar exhaustivamente el estudio de riesgos previsibles, porque si no se hace de esa forma, lo que se deje de regular en el contrato luego será alegado como restablecimiento del equilibrio económico, ejemplo: una empresa pública contrató el traslado de una planta eléctrica, resulta que la empresa en donde estaba la planta eléctrica tiene dos aparatos, los tableros que eran alimentados por la planta eléctrica, un tablero alimentaba todo el cableado estructurado para el tema de computadores y el otro tablero alimentaba toda la energía de la luminarias. Se contrató el traslado de la planta al nuevo edificio en donde los dos tableros quedaban a una distancia que no tenían en su lugar original, esto era, 30 metros de distancia y el cable para conectarlos a la planta tenían un costo estimado de 15 o 20 millones más. En el Pliego quedó señalado que era para dar energía a todos los computadores pero no dejaron claro que la planta era para proveer de energía no sólo a los computadores sino también las luminarias y demás ¿El contratista que entendió? Que solamente debía conectarla planta al tablero de cableado estructurado y en consecuencia no conectó la planta al otro tablero que proveía de energía corriente para las luminarias el cual además tenía un costo de 20 millones de pesos.

⁹⁰ Op. Cit,

La entidad se defendió argumentando que ella había dejado claro todas las conexiones y que por lo tanto se estaba frente a un incumplimiento objeto de sanción; ¿Qué dijo el contratista en la audiencia? - Usted me dijo en el pliego que quería conectar el tablero para que funcionaran los computadores-a lo que el técnico de la empresa respondió: -Yo le dije en el pliego de condiciones que debía quedar funcionando de la misma manera como si funcionara Codensa-. Y el otro responde: -Efectivamente quedó funcionando de la misma manera, está funcionando el tablero de cableado estructurado pero usted no dijo nada de lo otro porque le hubiera adicionado otros 15 o 20 millones de pesos que vale ese cablecito-.

Cuando se hizo el estudio en el mercado, se evidenció que era factible que se contratara por separado la planta para un tablero y para el otro, y por supuesto ahí estuvo el problema, la construcción del pliego no fue clara, y eso precisamente obedece a no hacer juiciosamente un estudio de planeación. En contratación pública nada se supone, nada se presume.

El CONPES 3714 y el artículo 2.1.2 del Decreto 734 también recogen la metodología de la manera como se tiene que hacer ese estudio, en primer lugar tipifico, en segundo lugar estimo y luego asigno. Entonces en la contratación pública yo identifiqué el riesgo, lo clasifiqué y lo definí. La estimación es tanto cualitativa como cuantitativa y finalmente lo asigno, es decir lo reparto, lo divido entre las partes de manera que cada una sepa lo que tiene que costear a su cuenta y riesgo.

¿Qué efectos tiene la distribución de los riesgos? Generar responsabilidades ¿Qué es responsabilidad? Asumir las consecuencias que se deriven de la materialización del evento. Entonces ¿Qué importancia tiene que yo haga la distribución de riesgos previsibles? Que quien asuma el riesgo previamente tipificado y previamente estimado asumirá las consecuencias que se deriven de la ocurrencia del mismo y en consecuencia al asumirlas, no podrá pedir equilibrio. Si se previó no se puede alegar desequilibrio porque desde la oferta se debió prever que ese riesgo era por su cuenta y en consecuencia establecer los mecanismos de mitigación de riesgo o asumirlo si llegará a ocurrir.

Como quedó definido en el Decreto 734⁹¹ el concepto de riesgo previsible, basado en la Ley 80 de 1993⁹², la Ley 1150⁹³ y el CONPES 3714, son todas aquellas circunstancias, eventos, situaciones que pueden presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato.

¿Dónde regulo esas situaciones? En el pliego y en la matriz, y con el contratista ¿Dónde la formalizó? En el contrato, por supuesto. Pero esas circunstancias previsibles no basta que sean previsibles, deben tener la potencialidad de alterar el equilibrio económico,

⁹¹ Op.Cit.

⁹² Op.Cit.

⁹³ Op.Cit.

¿Qué quiere decir eso? Que se puedan presentar variaciones monetarias, ¿Por qué razón? En el contrato estatal debo prever lo que en realidad afecte el equilibrio económico, lo que no afecta el equilibrio económico ¿Para qué? Por ejemplo, en la ejecución de un contrato de suministro ¿A mí me interesará si cambian al que maneja el camión? No, pero en una consultoría si me cambian al hombre y/o mujer que contraté para el diseño ¿Me puede afectar? Eso lo debo prever, porque eso sí puede afectar el equilibrio contractual. Con este ejemplo quiero resaltar que ese riesgo previsible debe tener esa potencialidad de afectar el equilibrio económico pactado ¿En dónde? En el contrato, allí pacto lo que es equilibrado tanto para el contratista como para la entidad (conmutatividad).

Dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos, que es donde yo digo lo que le corresponde a cada una de las partes y es producto de una deliberación del pliego de condiciones y de la matriz de riesgos y con base en las cuales se va a confeccionar el contrato.

Ahora otro tema importante es definir lo que es previsible ¿Qué ocurre si yo puedo identificar la presencia de avalanchas? Yo puedo determinar que haya derrumbes en época de lluvias, que haya derrumbes en las zonas montañosas, pero ¿Puedo establecer en qué magnitud, o cuantificar el valor de un deslizamiento de esos? No, en consecuencia el decreto establece con claridad que el riesgo será previsible en la medida en que sea identificable y cuantificable.

Caso de la vida real: en un proceso de contratación de una empresa pública de una ciudad que no tiene mar, pusieron dentro de los riesgos de la obra el riesgo de tsunami; les pregunto en primer lugar ¿Es el tsunami es un riesgo previsible? No, no lo puedo prever sino como 30 minutos antes de que llegue la ola y en segundo lugar ¿Es potencialmente probable que ocurra un tsunami en un sitio sin mar? No; en tercer lugar ¿Se podría cuantificar el desastre que cause un tsunami? No, entonces si es un evento que no puedo ni siquiera prevenir, precisar, no es previsible; si no es cuantificable no debe ser incluido en la matriz de riesgo, y esa es la metodología que aclara este CONPES 3714.

Los riesgos deben ser administrados obligatoriamente en tres modalidades de selección, Concurso de méritos, licitación pública, selección abreviada ¿Cuántas modalidades de selección existen? Son cinco (5) modalidades de selección, ¿Qué modalidad de selección en consecuencia hacen falta si son cinco? Contratación directa y Mínima Cuantía. En el capítulo de la mínima cuantía, dentro de los estudios previos no se hace mención al riesgo pero les pregunto ¿Eventualmente, dentro de las condiciones técnicas no se podrían regular las contingencias que puedan ocurrir dentro de la mínima cuantía? Claro, lo que pasa es que no tengo que hacer la matriz pero yo puedo regular todas las condiciones que yo pueda prever dentro de las especificaciones técnicas, por supuesto.

¿En la contratación directa en dónde podré hacer la distribución de los riesgos? En el contrato directo no tengo que hacer una matriz de riesgos, en el contrato yo hago esa distribución en las obligaciones, en el alcance técnico etc.; ahora bien en la licitación pública existe la obligatoriedad de hacer una audiencia de riesgos regulada en el Decreto Ley 19⁹⁴, pero también en todos los concurso de méritos, el Decreto 734⁹⁵ establece la obligatoriedad de hacer audiencia de aclaraciones. Entonces, eventualmente en esa audiencia también podrá ser discutida la matriz de riesgos, nada obsta para que sea parte de la discusión que se dé en desarrollo de la misma.

Pero bueno, una buena manera de entender que es riesgo previsible es entender que no es riesgo previsible, en consecuencia ya referimos que el incumplimiento y la responsabilidad extracontractual no son riesgos previsibles ¿Por qué razón? Porque está administrado por el régimen de garantías, ya hay un régimen sancionatorio de garantías encargado de esos elementos, no tengo porque regularlo en mi matriz de riesgos y en consecuencia yo no parto de la base del incumplimiento, si se llega a dar, hay unos mecanismos de sanción, lo mismo con los casos de responsabilidad civil por los daños que causa un tercero, ya tiene regulación legal; por definición, todo lo que no sea previsible será imprevisible y en consecuencia tampoco debo incluir tsunamis, ni riesgos de la naturaleza, ni este tipo de cosas.

El otro punto son, las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes ¿Es posible que sobrevenga una inhabilidad en un contratista? Por supuesto que sí, pero eso no es un riesgo previsible ¿Por qué razón? Porque el artículo 9º de la Ley 80⁹⁶, que sigue vigente, en su artículo 9 regula que en caso de sobrevenir una inhabilidad o una incompatibilidad en el contratista, este deberá ceder el contrato o terminarlo si no es posible cederlo. En consecuencia al tener una regulación legal tampoco es un riesgo previsible.

⁹⁴ DECRETO 19 DE 2012 (Enero 10) Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>

⁹⁵ Op. cit.

⁹⁶ LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Op. Cit: ARTÍCULO 9º: DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-221 de 1996.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Miren en el SECOP con lo que me he encontrado en algunos Pliegos, “todos los demás riesgos previsibles serán por cuenta del contratista” ¿Les suena conocido? Esa es una cláusula ineficaz, no se pueden hacer traslados en abstracto porque primero tengo que identificar, definir el riesgo, luego tengo que cuantificar y finalmente lo asigno, esa cláusula no produce ningún efecto y el CONPES expresamente así lo señala, no se pueden hacer traslados en abstracto, hay que eliminar esa cláusula de los pliegos de condiciones.

En esa medida empezamos por el concepto de tipificar, ¿Qué es tipificar? Para efectos de distribución del riesgo previsible lo que dice el decreto basado en la metodología del CONPES es identificar el riesgo, saber cuál es el riesgo, clasificarlo, saber qué tipo de riesgo es y finalmente definirlo, es decir, ¿A qué me refiero, como entidad contratante, cuándo estoy incluyendo este riesgo?

Caso de la vida real: una empresa pública incluyó el riesgo estratosférico, todos los proponentes preguntaron ¿Qué es el riesgo estratosférico? No se preocupen, dijeron en la audiencia, en la ejecución del contrato lo manejamos. ¿Lo manejamos? Es que después usted lo va a entender de una forma y yo lo voy a entender de otra, entonces mejor defina y delimite en realidad a que se refiere. La empresa no lo pudo definir y lo tuvo que eliminar mediante adenda.

El CONPES referido trae una aproximación a la tipología de riesgos previsibles que probablemente pueda haber en contratación pública, éste listado no es taxativo, es simplemente enunciativo, en cada contratación pública se debe hacer la revisión de riesgos propia. Por ejemplo, el CONPES se refiere a los riesgos económicos y por riesgos económicos se entienden, por ejemplo, las fluctuaciones, ¿Es o no es previsible que la Tasa Representativa del Mercado -TRM- varíe permanentemente? Ciertamente, uno podría prever por ejemplo que el dólar se mueva en una banda entre \$1700 y \$1900 de acuerdo al histórico de estos meses ¿Es previsible o no? Claro, pero si pasa por encima del techo de \$1900 o se baja de los \$1700, eso sería algo imprevisible. Si estamos haciendo una compra de equipos importados, que por lo general se hace en dólares yo podría acordar con el contratista que yo le pago a \$1800 y que el asuma la ganancia o la pérdida entre \$1700 y \$1900 ¿Sí o no? Sí, eso es administrar el riesgo, el riesgo económico lo traslado pero lo defino, si se rompe la barrera que se acordó, la entidad o el contratista tendrán que eventualmente revisar los precios. Pero lo cierto es que yo puedo prever una banda dentro del contrato para trasladar ese riesgo al contratista y obviamente si se rompe esa previsibilidad, se volverá imprevisible.

Los desabastecimientos, ¿Puedo prever que hay unas épocas del año en que no hay producción de determinado tipo de frutas? Claro, ¿Puedo prever que eventualmente el cemento puede encarecerse?, Y ¿Quién tiene mayor manejo frente a la fluctuación del cemento? ¿La entidad o el contratista? Hay otro tipo de riesgos como los sociales y los políticos, ¿Puedo prever que hay problemas de orden público en el Cauca? ¿Puedo

preverlo, sí o no? Sí, pero eventualmente habrá regiones sobre las que yo no pueda establecer ese tipo de riesgos ¿cierto? Esto también podría tenerlo en cuenta a la hora de hacer mi tipificación de riesgos previsibles ¿Será que en Venezuela hay riesgo político?

Operativos, ¿Puedo prever que en una obra pública haya mayores o menores cantidades de obra? Claro, ¿Puedo pactar el contrato por precio unitario para que la mayor ejecución de ítems se dé al costo del valor unitario? Sí, ¿Puedo regular en el contrato el tema de los plazos, por tramos, por avances? Sí.

Los financieros no lo duden, este es un riesgo bien importante, mantener la liquidez del contrato, que no se quiebre el contratista en la ejecución del mismo, que si se entrega un anticipo sea bien administrado, que si no se entrega anticipo el contratista tenga unas condiciones financieras que le permitan ejecutar el contrato de la manera más acorde, lo importante es que no se quiebre en la ejecución del contrato.

Los regulatorios, ¿Será posible que se expida una regulación de cualquier tipo que pueda afectar la ejecución del contrato? Sobre todo en contratos de larga duración, ¿Quién debería asumir ese riesgo? El Estado ¿Por qué? ¿Quién expide la regulación? El Estado. Los prediales, la negociación con los dueños de los predios, la expropiación que eventualmente deba hacerse, todos estos son riesgos en la ejecución contractual, como construir una vía por esa zona en la que hay propiedad privada.

Los ambientales ¿Puedo prever que hay unas licencias que tienen que obtenerse en el desarrollo de la ejecución del contrato? El plan de manejo ambiental.

Los tecnológicos, ¿Es o no es cierto que del momento en que se abre un proceso de tecnología al momento en que se va a adjudicar, ya pudo haber cambiado la tecnología?, entonces ¿Puedo regular en el pliego que el contratista me entregue la última tecnología y eventualmente una fórmula de ajuste al respecto? Por supuesto.

Los siguientes son algunos ejemplos de lo que NO es una tipificación correcta: la muerte del contratista o de su personal ¿Por qué? Porque ya hay una regulación en la ley, en la terminación unilateral que son circunstancias relacionadas precisamente con las condiciones del proponente, del contratista. La accidentalidad por deficiente señalización, ¿Por qué en una obra habría de existir una deficiente señalización si las normas técnicas obligan a que haya una suficiente señalización? Eso es un incumplimiento de contrato, eso no es una tipificación; el mantenimiento de las vías, la coordinación interinstitucional, lo que vivió Bogotá con la construcción de la calle 26 por unas redes hidráulicas ¿Esa coordinación interinstitucional es un riesgo o es un deber de la administración? Es un deber.

Ahora vamos a la fase de estimación, la estimación es darle valor a algo, entonces la forma de darle valor a este punto según el CONPES es de dos maneras: cualitativa y

cuantitativamente, en este sentido tenemos que la cualitativa se refiere a la probabilidad, ¿Qué es probable? La probabilidad se refiere a la mayor o menor periodicidad con la que ocurren los eventos, entonces la probabilidad se mide con la frecuencia histórica en la que ocurren este tipo de eventos. ¿Cómo se calcula esa frecuencia en condiciones normales? ; En condiciones normales ¿Qué tanto llueve en Bogotá? Dependiendo de esa probabilidad yo deberé adoptar una serie de mecanismos y medir el impacto en la estimación cualitativa ¿A qué hará referencia el impacto? A la magnitud del riesgo, del evento, del siniestro, entre más probable y de mayor impacto sea el evento será más catastrófico, entre menos probable y menos frecuente el evento será menos catastrófico; esto se valora en la matriz de riesgo, entonces dependiendo que tan probable sea yo lo calificare como alto, medio, bajo o en otras escalas que se han venido desarrollando en las matrices de riesgos.

De otra parte la estimación cuantitativa, es darle un valor a esos efectos y aquí me voy a adelantar para mostrarles lo que hay en el SECOP ¿Qué es el SECOP? Sistema electrónico de Contratación Pública, en donde se debe publicar la contratación de la administración Distrital y allí encuentra una tabla de CONPES desarrollada por el Ministerio de Hacienda que permite hacer la cuantificación de este tipo de riesgos. Entonces la estimación cuantitativa precisamente consiste en darle valor a un riesgo, recuerden que lo que no tenga valor, lo que no afecte el equilibrio económico no se incluye en la matriz de riesgos. ¿Para qué hago esa cuantificación? Para que la entidad pública lo tenga en cuenta dentro de su presupuesto y para que el contratista o el futuro contratista lo costee en las ofertas, esa cuantificación no tiene por qué ser un tema adicional a la oferta o un ítem adicional en el presupuesto, es un valor *implícito* que debe llevar incorporada la oferta, no debe ser un ítem dentro del formulario de cotización económica, es un valor incluido que debe ser claro para que las partes lo puedan discutir en desarrollo del proceso contractual y para que lo puedan asumir en las condiciones en que lo regule la matriz de riesgos.

Por último, asignarlo, ya tengo el riesgo identificado, definido y clasificado, lo tengo cuantificado tanto cualitativa como cuantitativamente, solo resta repartirlo, dividirlo entre las partes. ¿Qué debo tener en cuenta según el CONPES para hacer esta distribución? En primer lugar el tipo y modalidad del contrato ¿Será lo mismo un contrato de obra, un contrato de suministro, un contrato de prestación de servicios? La distribución de los riesgos será muy distinta dependiendo de la naturaleza del contrato, así como el nivel de planeación e información ¿Ese nivel de planeación e información en qué consiste? Consiste en que dependiendo de qué tan sensata fue la entidad en su estudio previo se puede determinar quién tiene mejor forma de asumir el riesgo; ¿Cómo se hace? Al hacer un estudio de mercado hay que consultarlo, escucharlo porque la entidad pública no es experta en lo que va a contratar ¿Quiénes son los expertos? Los contratistas y por eso se contratan porque son los expertos y como son los expertos ellos deben considerar todos los aspectos; entonces dentro del estudio de planeación lo que una entidad juiciosa

como el Distrito debe hacer es consultar dentro del mercado qué es lo usual, si el evento en particular que yo estoy previendo dentro de mi matriz debe asumirlo la entidad o debe asumirlo el mercado, que es lo que normalmente funciona y cuánto podría costar la ocurrencia de ese evento.

Lo mismo ocurre con el nivel de información, el contratista tiene mayor conocimiento sobre el mercado, en la medida en que ese riesgo se derive del conocimiento que pueda tener el experto en el contrato, deberá asumirlo quien tenga mayor información. Recordemos que el artículo 4 de la Ley 80⁹⁷ señala que las condiciones técnicas mínimas

97 LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Op. Cit. ARTÍCULO 4º.- DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES: Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

10. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

20. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

30. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

40. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

50. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscrito por Colombia.

60. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

70. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

80. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

90. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

10. Numeral adicionado por el art. 19 de la Ley 1150 de 2007, así:

señaladas por normas técnicas se entienden incluidas en los contratos estatales, es decir, para contratar un televisor, doy las características del televisor, número de pulgadas, características de la pantalla plana, etc., la condición técnica va implícita en la norma técnica y en consecuencia esto hace parte de la ejecución del contrato, el contratista tiene que conocer esas normas técnicas mínimas, no las adicionales que por vía de pliegos yo le quiera exigir.

Por otra parte nos enfrentamos a la capacidad de administración: estamos construyendo una vía en Bogotá, en donde normalmente llueve, resulta que los ingenieros, expertos en la materia saben que cuando llueve mucho se perjudica la obra porque no permite el secado de las capas que van quedando sobre la vía, ¿Será posible que yo pueda establecer que ese riesgo sea administrado por quien está allá en la obra? ¿O yo desde mi oficina lo administro? ¿Quién tiene la mejor capacidad de manejo del riesgo de la lluvia previsible? El contratista, entonces ¿Le puedo exigir al contratista que cuente con carpas que protejan la obra de la lluvia? Y eso implicará un costo. Pero, si yo tengo las carpas como empresa y pienso proporcionarlas al contratista ¿Debo trasladar ese riesgo al contratista? No, porque él me va a costear el uso de las carpas ¿Y en realidad quién se las va a dar? La administración, entonces el concepto de riesgo previsible parte la base de transferir el riesgo, si no lo estoy transfiriendo sino que yo lo voy a asumir pues en realidad no estoy transfiriendo riesgos, en consecuencia ¿Para qué lo incluyo a cargo del contratista? Lo incluyo a cargo mío como entidad.

Otro punto importante que se debe tener en cuenta para efectos de asignar el riesgo previsible es consultar el sector financiero y asegurador, acabamos de decir que el régimen de garantías contractuales no hace parte del riesgo previsible, me explico, el régimen de garantías contractuales referido al cumplimiento y a la responsabilidad extracontractual no hace parte del riesgo previsible, pero por ejemplo, una empresa pública tiene contratado el suministro de desayunos infantiles que suelen ser administrados en una bodega, eventualmente la bodega puede sufrir un terremoto, un incendio, un hurto, un tsunami y en consecuencia yo le transfiero al contratista el riesgo, por lo que consciente de que el contratista puede tener inconvenientes en la ejecución del contrato ¿Podría exigirle una póliza todo riesgo que ampare incendio terremoto, hurto y demás? Claro, consultando el mercado asegurador evidencio que existe la garantía que puede mitigar ese riesgo previsible – no cumplimiento –, en consecuencia le transfiero el riesgo y adicionalmente le exijo mecanismo de mitigación del riesgo para amparar el objeto del contrato.

Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden dejando constancia de tal actuación.

Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público.

Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos soportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan". <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

La póliza todo riesgo ¿Es una póliza de cumplimiento? No, no está amparando el cumplimiento, está amparando otro tipo de riesgo como puede ser un incendio, un terremoto, un hurto, etc., porque el cumplimiento no hace parte del concepto de riesgo previsible, entonces, cuando decimos consultar al sector financiero y asegurador en realidad nos estamos refiriendo al concepto de otras garantías que eventualmente puedan amparar esos riesgos. Por ejemplo, si yo contrato el transporte de los niños al colegio, ¿Pueden existir riesgos ahí? Claro, el accidente, por la vía de la responsabilidad extra-contratual, pero eventualmente los daños que se les puedan causar a los niños podría mitigarse con un seguro de vida, por ejemplo, o con cualquier otra forma de mitigación de riesgos, yo les mencioné simplemente uno de tantos. Por lo tanto, consultando el sector financiero asegurador puedo establecer las formas en que yo pueda mitigar o administrar ese riesgo.

Ahora bien, no se puede hacer la asignación de riesgos en abstracto, los riesgos tiene que ser distribuidos previamente tipificados y estimados. La metodología del CONPES señala unas sugerencias prácticas que no son de obligatorio cumplimiento, pero que según cada caso deberían tenerse en cuenta.

Los riesgos económicos ¿Recuerdan cuáles eran los económicos? Las fluctuaciones, los desabastecimientos etc. ¿Y los operativos? Cantidad de obra, plazo de ejecución, precios, deben ser por cuenta del contratista, fíjense que es un tema de sentido común ¿Quién tiene mejor capacidad de administrar ese riesgo y de conocerlo? El contratista.

Los sociales y regulatorios ¿Puedo exigirle a un contratista que vaya a una zona riesgosa sin el acompañamiento de la fuerza pública a entregar unos bienes? ¿Quién le debe garantizar la seguridad y el orden público? Claro, el Estado.

Los financieros, ¿Por cuenta de quién se puede prever el riesgo de mantener la liquidez en la ejecución del contrato? El contratista, y en consecuencia ¿Qué deberá establecer ese contratista? Mecanismos de mantenimiento de su liquidez: obtención de créditos, la correcta administración del anticipo, el cronograma con los ciclos de ejecución, etc.

Los prediales y ambientales ¿Por qué creen que el CONPES sugiere que sea mixta, es decir, que estén tanto a cargo de la entidad como de los contratistas? ¿Quién es el que tiene mayor facilidad de hacer la negociación directa con los dueños de los inmuebles? El contratista por supuesto, tiene mayor facilidad de negociación, mayor facilidad de estar con la gente y negociar. Pero si esa negociación fracasa ¿Qué mecanismo legal nos permite obtener ese bien? La expropiación ¿Y quién puede adelantar una expropiación? El Estado, en consecuencia ese riesgo predial debe ser compartido.

Miremos el caso del riesgo ambiental, si yo voy a contratar una construcción, debo tener los estudios y diseños previos y en consecuencia las licencias, en ese caso ¿Quién debe

tener las licencias de manera previa? La entidad, maduración de proyectos, estatuto anticorrupción, etc., pero si por el contrario, lo que voy a contratar es la elaboración del diseño, ¿Quién es el que debe obtener la licencia ambiental para poder aplicar ese diseño en una fase constructiva? El que lo hizo, el contratista por supuesto, porque fue quien lo elaboró y el que tendrá que hacer los ajustes en los diseños para respetar las normas ambientales, en conclusión, el riesgo ambiental dependerá de cada caso.

Ahora bien, señalábamos que el artículo 4º de la ley 1150⁹⁸ establece que en la licitación pública se realice obligatoriamente una audiencia para discutir los ¿Riesgos Imprevisibles?, Previsibles, porque los imprevisibles son imprevisibles, entonces no los puedo prever.

Pregunta: ¿En una selección abreviada de menor cuantía es posible hacer una audiencia de aclaraciones y riesgos previsibles? ¿Sí o no? Sí, claro, es posible ¿Pero, es obligatorio? No, pero lo puedo hacer dependiendo de la necesidad. Les comentaba que en el concurso de méritos el Decreto 734⁹⁹ trae como novedad la obligatoriedad de la audiencia de aclaraciones, ¿Si un contratista llega a la audiencia de aclaraciones a discutir la matriz de riesgos, debo aceptar esas observaciones? ¿Sí o no? La ley no lo dice, es un buen momento para discutir ¿Por qué no? Recordemos que hay unos principios de contratación pública que me exigen ir más allá de la norma, cada vez que se hace una contratación y se presta un buen servicio, se puede transformar la vida de una persona.

Y son ese tipo de cosas los que pueden generar cambios no solamente en una persona sino en una familia, en una comunidad, en la ciudad, en el país, de verdad yo los quiero invitar a hacer un poquito más allá de lo que nos toca, a estudiar el proyecto; tenemos una serie de instrumentos novedosos que de ser bien utilizados nos permiten obtener resultados más eficientes, cuando contratamos más económico logramos que ese dinero se destine para atender proyectos sociales, no pensemos en la corrupción; la mayoría de servidores públicos y lo digo desde mi experiencia profesional en contratación pública son gente correcta, algunas con mal criterio, otras poco estudiosas y otras muy estudiosas y comprometidas con la causa, los corruptos son pocos, la mayoría somos honestos, tratemos de hacer bien las cosas, de hacer más allá de lo que nos toca y desde ahí empecemos a generar cambio.

Para cerrar, parte de esos pequeños cambios se centran en velar por el medio ambiente, son aspectos que precisamente yo puedo regular en el pliego de condiciones, antes de pasar a ese tema olvidé mencionar que conforme con el Decreto Ley 19 de 2012¹⁰⁰ la audiencia de riesgos y la audiencia de aclaraciones se realizan en un solo momento ¿En cuál momento? En el de la audiencia de aclaraciones y ésta se realiza dentro de los tres días

⁹⁸ Op. Cit.

⁹⁹ Op.Cit

¹⁰⁰ DECRETO 19 DE 2012 (Enero 10) Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>.

siguientes al inicio del plazo para presentar ofertas, como nos lo dice el artículo 30 de la Ley 80¹⁰¹, en consecuencia dentro de ese término, dentro de esa audiencia, yo realizaré

101 LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Op. Cit. ARTÍCULO 30º.- Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

10. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

20. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 50. del artículo 24 de esta Ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

La expresión “Términos de referencia” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

30. Modificado por el art. 224, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad, o a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberán incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

40. Modificado por el art. 220, Decreto Nacional 019 de 2012. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

Las expresiones “Concurso” y “Términos de referencia” fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

50. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Modificado por el art 89, Ley 1474 de 2011. Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o

la distribución y la discusión de los riesgos previsibles, entonces en el orden del día de esa

términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

Las expresiones “Concurso” y “Términos de referencia” fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

60. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

La expresión “Términos de referencia” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

70. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

La expresión “Términos de referencia” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

80. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

90. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

Las expresiones “Concurso” y “Términos de referencia” fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

11. Numeral derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

Parágrafo.-Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de

audiencia debe existir un acápite para discutir la matriz de riesgos, es mi recomendación.

Volviendo al tema de los de las compras sustentables, les quiero dejar una reflexión y es que muchas veces evitando comprar se pueden satisfacer esos postulados, por ejemplo, si en vez de estar rompiendo las hojas de cada documento que hago mal, las reciclo, las acumulo en toda la entidad y luego adelanto una contratación para la permuta con una empresa recicladora que me otorga papel limpio y por la cual yo simplemente le entrego papelería usada que ya no me sirve, ¿No consideran que se bajaría el costo del consumo de papelería y se evita talar un arbolito en el Amazonas? Estamos haciendo algo importante para el mundo en una cosa tan sencilla.

Entonces dejar de comprar también puede llegar a ser ambiental, por ejemplo, los estudios de mercado, yo podré a través de mi estudio de mercado consultar cuál es la tecnología menos contaminante para los equipos que voy a contratar, las de menor consumo de energía por ejemplo ¿Podré siempre que haya pluralidad en el mercado establecer unas condiciones preferentes o mínimas para ese tipo de productos? Claro, dentro de los requisitos técnicos yo podré establecer unas condiciones que propendan precisamente por el cumplimiento de normas ambientales, por el manejo de los residuos que quedan de la contratación, como requisitos mínimos; en la etapa contractual en el contrato es posible que yo establezca la forma en que los desechos de una construcción no se arrojen a los caños de la ciudad sino que tengan un manejo ambiental adecuado o mejor aún puedo establecer que se aplique la ley porque desafortunadamente no se está aplicando la ley ambiental en algunos casos en materia de la contratación pública.

Ahora bien, en la supervisión-interventoría que está regulada en el estatuto anticorrupción, ¿Puedo darle funciones al interventor o supervisor para que sancione al contratista en caso de que no cumpla con estas normas ambientales? Claro que sí y lo debo hacer y a pesar que no existe en este momento una regulación legal Colombia es piloto en el programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente donde precisamente se busca incorporar en la contratación pública este tipo de medidas ambientales, el Distrito de hecho fue uno de los ejemplos importantes en la Red Interamericana de Compras Gubernamentales -RICG- en la conferencia anual del año pasado en Santo Domingo, en donde tuve la oportunidad de representar a Colombia como panelista, donde pude escuchar a un consultor extranjero que resaltaba el caso Colombiano y uno de los ejemplos puntuales era como el Distrito tenía una política ambiental de usar las publicaciones por doble cara, y las que se dañaban se reciclaban así como otra serie de medidas impor-

selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. **El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.**

NOTA: Este Parágrafo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-932 de 2007, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

tantes que se indicaron en ese evento, ejemplos que son conocidos en América Latina y han servido a entidades del orden nacional e internacional; con esto agotamos el tema y damos paso a las preguntas.

Muchas Gracias.

SESIÓN DE PREGUNTAS

Participante: “¿Qué pasa si la entidad tiene riesgos asignados y estos ocurren pero la entidad no hizo las previsiones presupuestales? Entiendo que debe hacer cuando hace la matriz de riesgo ¿Cómo tener una reserva del presupuesto para cubrir ese riesgo? Pero si eso no lo hizo y se presentan los riesgos ¿Qué pasa? y la segunda pregunta es ¿Qué pasa si el riesgo sobrepasa el valor estimado? ¿Inmediatamente se convierte en imprevisible o le toca asumirlo a la persona así valga más? Muchas gracias.”

Conferencista: “Respecto a la primera pregunta, precisamente si tú haces la administración presupuestal del riesgo estamos hablando de una obligación contingente, entonces no hay riesgos previsibles porque en realidad ya señalaste desde el pliego de condiciones y del contrato que en caso de que ocurran los eventos que tú tienes enlistados allí, echaras mano de ese recurso presupuestal, entonces en realidad no estás haciendo ninguna transferencia del riesgo sino que lo está asumiendo el presupuesto, entonces allí escapa de la órbita del riesgo previsible. Ahora el riesgo previsible se basa en que yo asumo una serie de actividades, por ejemplo pensemos en cualquier contrato, un contrato de suministro ¿Verdad? Y es que a veces cuando pensamos en contratación pública pensamos únicamente en obra pública, contratación es mucho más que eso. Pensemos en un suministro de bienes o mejor en un suministro de servicios, un mantenimiento, ¿Yo puedo prever, por ejemplo, que yo necesito unos tiempos de respuesta muy rápidos por parte del contratista dependiendo del tipo de máquina que tenga que hacer el mantenimiento? Claro y para eso ¿Yo puedo establecer que si la máquina se daña a medianoche, tengo que tener un sistema de ingreso rápido para los ingenieros que vayan a hacer el soporte técnico? Por supuesto, entonces el riesgo de ingreso a las instalaciones en termino oportuno debe estar a cargo del contratista y es un valor implícito que está dentro del presupuesto, es simplemente dar la orden a seguridad para que dejen entrar a unas personas previamente identificadas y hacer el trámite administrativo interno. Entonces el valor de riesgo previsible es un valor implícito que está incluido dentro de tu oferta, con la cual tú vas a cumplir unas obligaciones propias, pero no se trata de darle un valor independiente y con esto respondo a la segunda pregunta, el ejemplo que yo les ponía era el de la Tasa Representativa del Mercado - TRM -, yo les dije que será previsible dentro de la banda cambiaria, si se rompe la banda cambiaria pactada en el contrato inmediatamente se vuelve imprevisible porque yo preví hasta ese monto que era previsible y de ahí en adelante la pérdida que se genere para el contratista la debe asumir la administración por vía del restablecimiento del equilibrio económico

que sigue siendo una obligación para la administración pública, en consecuencia lo que rompa lo previsible se vuelve imprevisible”.

Participante: “La pregunta es concerniente a cuando hablamos de la asignación de los riesgos, respecto a la consulta al sector financiero y de seguros se hablaba de la posibilidad de solicitar al contratista otro tipo de garantías como la de todo-riesgo, pero la pregunta va dirigida a si yo tengo y solicito la garantía, entonces ¿Para qué lo incluyo dentro de la matriz en los riesgos que están cubiertos con la garantía?”

Conferencista: “Porque es un riesgo previsible y debes administrarlo cosa diferente es la manera como lo hagas, entonces tu prevés que eventualmente, para volver al ejemplo que yo puse, la mercancía pueda deteriorarse o dañarse por algún hecho que cubre esta póliza, entonces este riesgo como es en las bodegas del contratista será por cuenta del contratista. Ahora bien, para ayudar a mitigar ese riesgo yo le pido al contratista que tenga ese tipo de garantías, pero el riesgo sigue siendo responsabilidad del contratista, entonces la transferencia de riesgo, recordemos, lo que hace es transferir responsabilidades o sea asumir las consecuencias, lo que pasa es que yo para blindar los intereses públicos que debo proteger como entidad pública le exijo un mecanismo de mitigación de la garantía pero la responsabilidad sigue siendo del contratista independientemente que cuente con garantías o respaldo del sector financiero y asegurador como avalistas de la obligación.”

Participante: “Buenos días, tengo una inquietud frente a la estimación de los riesgos que tú dices que deben estar contemplados en el contrato y en el pliego, creo que primero debe estar en los estudios previos porque la norma lo dice así y operativamente ya la entidad debe haber tenido un estudio de los tres aspectos de la tipificación y asignación del riesgo porque obviamente si voy a elaborar el pliego de condiciones y aún en la contratación directa en donde el estudio previo es el corazón y como interpretación no como cuestionamiento sino como apreciación, desde la primera parte en que yo comienzo con la intención de contratar debo tener claro cuáles son los riesgos.”

Conferencista: “Muy importante la aclaración que hace aquí el doctor, porque cuando el artículo 2.1.2 ¹⁰² se refiere a las condiciones inicialmente pactadas parte del presupuesto que la entidad formuló primero un ejercicio de asignación y distribución de riesgos preVISIBLES que se discuten con los proponentes y que luego van a ser parte del contrato pero en efecto la distribución de esos riesgos tiene que ser primeramente proyectada en la fase de planeación y en el estudio de mercado por parte de la entidad estatal y eso es lo que se va a discutir luego con los contratistas y /o los proponentes en las audiencias respectivas o a través de observaciones a los pliegos de condiciones y a la matriz pero por supuesto muchas gracias por el aporte porque no quiero dejar la percepción que en la

¹⁰² Op. cit.

fase de planeación no se hace nada, por el contrario el artículo 2.1.1¹⁰³ del decreto señala

103 DECRETO 734 DE 2012 (Abril 13) Op. Cit. ARTÍCULO 2.1.1. ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS: En desarrollo de lo señalado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.
3. La modalidad de selección del contratista, incluyendo los fundamentos jurídicos que soportan su elección.
4. El valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la contratación y los rubros que lo componen. Cuando el valor del contrato sea determinado por precios unitarios, la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, la entidad contratante no publicará las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato y en el caso de las concesiones, la entidad contratante no publicará 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 2.2.9 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 aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.
8. La indicación de si la contratación respectiva está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado Colombiano en los términos del artículo 8.1.17 del presente decreto.

Parágrafo 1°. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección.

Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o norma legal que lo modifique, adicione o sustituya, y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura.

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones o de la suscripción del contrato, según el caso, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección, los que se harán públicos por la entidad, en los procesos por convocatoria pública, mediante su publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) destacando de manera clara las modificaciones introducidas. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

Parágrafo 4°. Cuando el objeto de la contratación involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto. Lo anterior sin perjuicio, de lo establecido en el numeral 4 anterior para el concurso de méritos y el contrato.

Parágrafo 5°. El presente artículo no será aplicable para la mínima cuantía cuya regulación se encuentra en el Capítulo V del Título III del presente decreto. <http://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>

expresamente que se debe hacer el análisis y la distribución de los riesgos previsibles, la entidad pública es la que en primera medida con base en su estudio de mercado puede determinar quién tiene la mejor capacidad de administración, quién tiene mayor información, quién tiene las mejores condiciones para asumir el riesgo y qué riesgos pueden presentarse en condiciones normales y con base en esa matriz se da la discusión que finalmente termina siendo aceptada por los proponentes cuando entregan la oferta en los términos que expresamente señala el decreto”.

Muchas gracias.

NOTA: Ver Anexo. Intervención del doctor Diego Andrés Beltrán Hernández, sobre la Publicidad y el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP en el Decreto 734 de 2012, conferencista invitado a la sesión del Centro de Estudios del 25 de julio de 2012.

Análisis de las Modalidades de Selección

Agosto 22 de 2012

Muy buenos días a todos y todas, ante todo un agradecimiento por esta invitación a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, a ustedes por haber venido a escucharnos en el día de hoy acerca de las 5 modalidades de selección, incluyendo la mínima cuantía. Entonces vamos a ver que la mínima cuantía, fue una modalidad de selección creada por la Ley Anticorrupción¹⁰⁴ y que en consecuencia obviamente no es ninguna reproducción de una norma suspendida.

Como abre bocas, digamos que la publicidad es una de las reglas importantes transversales en todas las modalidades de selección.

La publicidad en la Contratación Pública, como principio rector es precisamente una garantía para que toda la comunidad en general se entere que estamos haciendo en materia de contratación, por esta razón, la publicidad no solamente se erige como un mecanismo de eficiencia en la medida que propende por tener más proponentes en los procesos de selección y en consecuencia tengo más ofertas para seleccionar la mejor, y un contrato mejor, pues cuando hay muchos proponentes es el mercado el que me ayuda a ver cómo puedo mejorar mi contratación y como la puedo acrecentar, sino que adicionalmente me sirve para incrementar los indicadores de transparencia que no es otra cosa que se pueda ver por cualquier persona el quehacer de la administración, es decir que yo pueda ver a través de ella, por esa razón, todo lo que hace la administración en materia de contratación debe ser público, cualquiera puede acceder a esos documentos, a esos actos públicos, no debe haber ningún velo, ni ninguna restricción para que la gente conozca las actas, los documentos o pueda participar en los actos que se pueden adelantar en materia de contratación.

¹⁰⁴ LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html.

Recordemos la diferencia entre normas y principios, ¿qué es una norma? Una regla, una pauta de conducta, Decreto 734¹⁰⁵, Ley 80¹⁰⁶, Ley 1150¹⁰⁷ y demás pertinentes. ¿Qué es un principio? Es la aspiración de un deber ser, resulta que los entes de control, adelantan investigaciones no solo por el incumplimiento en la inobservancia de la regla, es decir de los Decretos y de las Leyes sino adicionalmente por el incumplimiento de los principios. ¿Qué significa esto? Que no solamente se puede infringir la Ley por la violación de las Reglas, artículo 2.2.5 del Decreto 734¹⁰⁸ sino de sus principios también.

105 DECRETO 734 DE 2012 (Abril 13) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=46940>

106 LEY 80 DE 1993 (octubre 28) Modificado por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada por el decreto 734 de 2012 y 1397 de 2012. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=304>

107 LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Reglamentada parcialmente por los Decretos 734 de 2012 y 1397 de 2012 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=25678>.

108 DECRETO 734 DE 2012. Artículo 2.2.5. Publicidad del procedimiento en el Secop.

La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:

1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones o expresiones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.

2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.

3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.

4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.

5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.

6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos o la correspondiente para la mínima cuantía.

7. El pliego de condiciones definitivo.

8. El acto de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y de revisión de la asignación e riesgos previsible y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.

9. El acto administrativo de suspensión del proceso.

10. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.

11. Las adendas a los pliegos de condiciones y demás modificaciones a los estudios previos en caso de ajustes a estos últimos si estos fueron publicados o la indicación del lugar donde podrán consultarse los ajustes realizados, y al aviso de convocatoria en el caso del concurso de méritos.

12. El acto de cierre del proceso y de recibo de las manifestaciones de interés o de las ofertas según el caso.

13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de concurso de méritos, el de selección abreviada y el de mínima cuantía.

14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acto de la audiencia pública de adjudicación. En los casos de subasta inversa, el acto de la audiencia si es presencial o su equivalente cuando se realiza por medios electrónicos.

16. El acto de conformación de lista corta o multiusos así como el acto de la audiencia pública de precalificación.

17. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección o de no conformación de la lista corta o multiusos.

18. El contrato, las adiciones, prórrogas, modificaciones o suspensiones, las cesiones del contrato previamente autorizadas por la entidad contratante y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.

19. El acto de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral cuando hubiere lugar a ella.

Parágrafo 1°.

La falta de publicación en el Secop de la información señalada en el presente artículo constituirá la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario Único.

En todo caso la entidad será responsable de que la información publicada en el Secop sea coherente y fidedigna con la que reposa en el proceso contractual so pena de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Parágrafo 2°.

La publicación electrónica de los actos y documentos a que se refiere el presente artículo deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta tres (3) años después de la fecha de liquidación del contrato o del acto de terminación según el caso, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.

Parágrafo 3°.

No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos.

En tratándose de la contratación directa señalada en el numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 sólo se publicará el acto a que se refiere el artículo 3.4.1.1 del presente decreto cuando el mismo se requiera, así como la información señalada en los numerales 18 y 19 del presente artículo.

Parágrafo 4°. El Ministerio de Justicia y del Derecho será responsable de garantizar la publicidad a través del Secop y de su página web del acto de apertura del proceso de selección de promotores para la enajenación de bienes, el aviso de invitación, los pliegos de condiciones, las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas, las adendas al pliego de condiciones, el informe de evaluación, el acto de selección, el acto de declaratoria de desierta, el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, el acto de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.

Parágrafo 5°. La entidad no proporcionará información a terceros sobre el contenido de las propuestas recibidas antes del cierre del proceso contractual. Para tal efecto, las propuestas y todos los documentos que las acompañen deben entregarse en sobres cerrados a la entidad y sólo hasta cuando se venza el término para su entrega se pueden abrir en acto público, de lo cual se dejará constancia en el acto de cierre para examinar de manera general su contenido. Lo anterior, sin perjuicio de las reglas particulares que sobre la subasta inversa, el concurso de méritos y la mínima cuantía se disponen en el presente decreto.

La entidad dejará constancia en el acto de cierre de las propuestas que no se entreguen en las condiciones indicadas en el inciso anterior, así como, si alguna de ellas hubiera sido abierta con anterioridad al cierre. En este último evento, la entidad deberá declarar desierto el proceso contractual.

En desarrollo de lo anterior, se publicarán el acto de apertura, el acto de cierre, y todos los documentos indicados en el artículo 2.2.5 así como todos aquellos que se generen en desarrollo de la actividad contractual a la luz del principio de publicidad, entonces por ejemplo, yo debo publicar los documentos dentro de los tres días siguientes al cierre del proceso, pero si esos 3 días para publicar la respuesta a unas aclaraciones al pliego se cumplen con fecha posterior al cierre, ¿será que estoy satisfaciendo los principios de la Contratación Pública al publicar después del cierre? Claro que no, pues aunque estoy actuando dentro de la regla establecida en el decreto (3 días) no actuó en función de la finalidad perseguida por el principio que es garantizar el conocimiento *oportuno* de la actuación de las entidades. En consecuencia, el ente de control lo que va a examinar es el principio que demandaba una publicidad oportuna para garantizar los derechos de los interesados, entonces por eso el mensaje en este sentido es ir más allá de lo que la ley y el Reglamento nos demandan y no decir simplemente en una interpretación exegética que solamente es lo que la regla dice, que solamente es este *Check-List*, y en consecuencia no hacer nada más de ello, porque los entes de control con toda la razón no lo juzgarán así.

Entonces por esa razón el principio de Publicidad se erige en ese sentido, parte de ello es la publicación del proyecto del pliego de condiciones, acompañado de los estudios previos y el aviso de convocatoria. ¿Para qué se estableció la obligatoriedad de publicar el proyecto de pliego de condiciones? ¿Cómo un requisito adicional o una etapa? No, para que el mercado, es decir, los proponentes, retroalimenten ese pliego de condiciones, le formulen observaciones, me digan en qué estoy equivocado, que reglas se han establecido en el pliego y resultan confusas, etc., porque ellos son los que tienen conocimiento sobre lo que yo quiero contratar y la mejor manera para satisfacer mi necesidad.

Entonces la publicidad de los pre-pliegos de condiciones, en todas las modalidades por convocatoria pública, tiene ese propósito; desafortunadamente en algunas entidades piensan que con el pre-pliego simplemente se cumple un requisito y cuando el proponente formula las observaciones que considera pertinentes, responden negativamente sin mayor análisis. Pero sucede que el Decreto 734 de 2012, al igual que lo decía el Decreto 2474 de 2008¹⁰⁹ señala que la respuesta a las observaciones tiene que ser motivada y sin embargo, algunas entidades les dan poca importancia y profieren respuestas sin

Parágrafo transitorio. Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del Secop, deberán reportar esta situación al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. En todo caso, estas entidades deberán, a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente decreto, garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop).

¹⁰⁹ DECRETO 2474 DE 2008 (Julio 7) por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>. Este decreto fue derogado por el Decreto 734 de 2012.

fundamento alguno, lo que en muchos casos puede conllevar a una declaratoria de desierta por ignorar las observaciones válidas del mercado que en últimas son los expertos.

En muchas ocasiones esas observaciones pueden hacerle ver a la entidad que el presupuesto estuvo mal elaborado, que se exigió un requisito de imposible cumplimiento y muchas otras imprecisiones en que pudo haber incurrido la entidad. Lo realmente preocupante es que hay casos en los cuales, a pesar de los errores, hay proponentes que se ajustan a cualquier pliego a como dé lugar, con las consecuentes complicaciones que con seguridad se presentarán durante la ejecución contractual. Lo anterior quiere decir que no realizar un análisis juicioso de las observaciones para proferir respuesta, conlleva no solamente el riesgo de una declaratoria de desierta de todo el proceso, sino que adicionalmente, se corre el peligro de que un proponente resulte adjudicatario de un contrato de imposible cumplimiento.

Por ello, una primera regla que se debe observar en contratación es no pedir cosas que no son y en esa tarea contribuye significativamente estudiar el mercado y tener en cuenta sus consideraciones pues es posible que en ocasiones tengan la razón. Por esta razón, es tan importante la publicación, de modo que pueda haber retroalimentación, además de que a través de ella se cumple con los términos de publicidad, en la medida en que les doy más oportunidad a más posibles interesados para que participen en el proceso.

Una mala práctica que se observa en algunas entidades públicas, es que buscan la manera de limitar la participación de los interesados. Entonces, establecen requisitos especiales para que no se presenten tantos proponentes, porque consideran muy dispendioso o desgastante evaluar muchas propuestas pero, si ese es el problema, el Decreto consagra la posibilidad de contratar personal profesional y de apoyo a la gestión, de modo que yo puedo contratar profesionales y técnicos para que apoyen mi evaluación. También para el caso de la Selección Abreviada de Menor Cuantía se trae la alternativa del sorteo, así que no hay razón para establecer reglas en el pliego de condiciones que impidan la participación en los procesos de selección.

Tampoco se deben a establecer términos de evaluación que desde el inicio se sabe que son imposibles de cumplir con el pretexto de que el proceso debe adjudicarse de manera urgente, lo cual evidencia dificultades en la planeación contractual.

La entidad debe contar con un plazo razonable para evaluar y poder pedir que se subsanen los requisitos formales no sustanciales, si a ello hay lugar y el cronograma debe ser suficiente para esos efectos. Fijar un término muy apretado para evaluar, puede generar que tenga que prorrogarlo, suspender el proceso y en muchos de los casos incumpliendo con los plazos del proceso. Por ello, es de vital importancia, dentro de la planeación contractual, tener presente el tiempo que puede durar cada uno de los procesos de selección, según la modalidad que se deba utilizar.

Tener claridad sobre esos tiempos, permite realizar los procesos con la antelación suficiente y este es uno de los temas que debe ser regulado en el Manual de Contratación al interior de las entidades, de manera que las áreas usuarias puedan realizar la solicitud de contratación oportunamente.

En la actualidad Colombia cuenta con siete tratados de libre comercio vigentes, con capítulo de compras públicas. Si se aplican dichos tratados, lo que tiene que hacer la entidad pública es, además de aplicar el Decreto 734 de 2012, **a)** conceder treinta (30) días calendario desde el aviso de convocatoria, es decir desde que se publicó el pre-pliego hasta el cierre del proceso para la presentación de las ofertas. Y en los procesos de subasta inversa se darán mínimo diez (10) días calendario a partir de la publicación de este pre-pliego con su aviso de convocatoria y **b)** Respetar el trato nacional que consiste en tratar a la oferta nacional de ese país sea canadiense, chilena, estadounidense, ecuatoriana, etc., como a una colombiana. En eso consiste la reciprocidad con respecto a los tratados de libre comercio que se explicaron en detalle en otro módulo.

Al publicar el aviso de convocatoria, comienzan a contar los términos para dar cumplimiento a los tratados de libre comercio. ¿Qué ocurre si no cumplo ese plazo? No solamente estoy incumpliendo una norma de carácter contractual que vicia de nulidad el proceso de contratación, sino que adicionalmente se incumple un tratado de libre comercio, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel internacional.

Entonces además de viciar de nulidad el proceso, estamos ad portas del incumplimiento de un tratado de libre comercio cuando lo único que hay que hacer es aplicar los plazos antes señalados y dar el trato nacional cuando identifico que yo debo aplicar un tratado de libre comercio de los que tenemos vigentes, entonces con esta publicidad en el SECOP fíjense que se garantizan todos estos aspectos en desarrollo de las modalidades de selección.

Otro tema importante es la publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, que es el único mecanismo oficial para publicidad. En caso de que exista discrepancia entre el pliego publicado en el SECOP y el físico, evidentemente, prima el que es oponible a terceros, es decir el que se publicó pues es el que vincula frente a terceros y es un requisito de eficacia jurídica. En consecuencia, esa publicidad en este sistema es absolutamente imperativa.

Al respecto, es importante consultar los conceptos expedidos por el Departamento Nacional de Planeación los cuales están publicados en el vínculo de preguntas frecuentes del Secop, algunos sobre el Decreto 734¹¹⁰ y otros sobre el Decreto 2474¹¹¹, pero que

¹¹⁰ Op. cit.

¹¹¹ DECRETO 2474 DE 2008 (Julio 7) por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

aplican en la actualidad, los cuales tienen toda la doctrina contractual en temas específicos como anticipo, adendas y demás, pasando por modalidades de selección, inhabilidades e incompatibilidades, y hasta viáticos de contratistas y visitas de obra entre otros. A través de ellas se puede entender el verdadero alcance de la reglamentación, incluso, allí se encuentra también, el tema de las inhabilidades del Estatuto Anticorrupción¹¹².

Adendas

Una importante modificación fue la relativa al Aviso de Convocatoria del concurso de méritos y su posibilidad de modificación, pues para el concurso de méritos con precalificación, en el cual yo publico el proyecto de pliego, para que los interesados conozcan lo que requiere la entidad, también publico el aviso de convocatoria con las reglas, es decir, se trata de una especie de mini pliego de condiciones con el cual se conforma la lista corta o multiusos.

Sin embargo, respecto de ese aviso de convocatoria que tiene las reglas de participación, puede que sea necesario realizar modificaciones como consecuencia de las observaciones de los interesados. Entonces, uno de los aspectos que modificó el Decreto 734¹¹³ es que ese aviso de convocatoria en la precalificación de los concursos de méritos, se puede hacer mediante un aviso modificatorio y no una adenda, porque la adenda está prevista para modificar el pliego de condiciones. Por ello, si se requiere modificar el aviso de convocatoria en la precalificación de un concurso de méritos, se debe hacer a través de un aviso modificatorio.

En segundo lugar, en el Título VIII del Decreto, en disposiciones varias, se reglamentó un aspecto que existía sólo para la licitación en el Decreto 287 de 1996¹¹⁴ actualmente derogado, pero que se extendió a las demás modalidades de selección, este aspecto consiste en la posibilidad de prorrogar las etapas del proceso. Es decir, una vez cerrado el proceso y recibidas las ofertas, yo puedo prorrogar la fecha de evaluación, la fecha de adjudicación, la fecha de firma del contrato, hasta por el 50% del plazo inicial o en el caso de la evaluación hasta el 100%. Tales prórrogas se efectúan mediante un acto de trámite, no mediante una adenda porque ya el proceso se encuentra cerrado. Puede hacerse entonces, mediante resolución, aviso, auto, como quiera que el Decreto señaló que el tipo de acto administrativo era de trámite y por lo tanto, no proceden recursos.

¹¹² A la fecha de expedición de este libro la Agencia Nacional de Contratación modificó la página web del Secop y en consecuencia se desmontaron los conceptos del DNP

¹¹³ Op. cit.

¹¹⁴ DECRETO 287 DE 1996 (febrero 9) Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012, Derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 3 y 4, por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993. NOTA: El art. 29 de la Ley 80 de 1993, fue derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta que las adendas sólo aplican para modificar los pliegos de condiciones, inclusive en sus plazos, el Estatuto Anticorrupción, la Ley 1474 de 2011¹¹⁵, señalaron que no se podían expedir adendas dentro de los tres días anteriores al cierre. A través de la Ley Anticorrupción se modificó el artículo 30 de la Ley 80 de 1993¹¹⁶, el cual regula el procedimiento licitatorio.

Los demás procedimientos de selección, están reglamentados en el Decreto 734 de 2012, siendo uno de los importantes avances de la Ley 1150 de 2007 pues no reguló los procedimientos y le dejó esa tarea al reglamento para que se fueran ajustando de manera dinámica a las circunstancias que son cambiantes en materia comercial. Esta es la razón por la cual en el reglamento, se fijan los procedimientos de las demás modalidades de selección y algunas particularidades de la licitación. Pero el procedimiento licitatorio está regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993¹¹⁷, entonces al modificarse este artículo, se modifica el término de expedición de adendas para licitación pública, de modo que esos tres días aplican únicamente para esa modalidad de selección.

Respecto de este tema hay un aspecto importante y es que los días hábiles y el horario laborable, se cambiaban por algunas entidades vinculándolo al horario de atención al público. Entonces, el Decreto 734 de 2012, con el objeto de darle claridad a todos los operadores jurídicos, tanto entidades públicas, proponentes, como entes de control y para evitar el riesgo de que todo el mundo interprete, se dio a la tarea de señalar que para efectos de contratación pública, por días hábiles debe entenderse de lunes a viernes no feriado.

En cuanto al horario laborable, sólo para efectos de expedición y publicación de adendas, está comprendido de siete de la mañana a siete de la noche porque se considera un horario razonable para expedirlas y que el público esté pendiente de su expedición, pero obviamente si se publica más temprano será mucho mejor.

Para las demás modalidades de selección, diferentes a la licitación pública, de conformidad con el Decreto 734, no es posible expedir adendas el mismo día del cierre, y no aplica el término de los tres días anteriores. Según el Código de Régimen Político Municipal, se entiende por un día desde las 00:00 horas hasta las 24:00, entonces el día anterior al cierre se puede publicar, hasta las 11:59 pm, dejando claro que no es lo ideal y no se debe convertir en una práctica cotidiana toda vez que transgrediría los principios de transparencia y publicidad que sería sancionable por los entes de control cuando haya afectado la participación de oferentes. Hay entidades que se han auto regulado y que por

¹¹⁵ LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html

¹¹⁶ Para consulta: LEY 80 DE 1993 (octubre 28) Modificado por la Ley 1150 de 2007. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>.

¹¹⁷ Op. Cit.

vía de analogía expiden adendas hasta las 7 de la noche, acogiendo lo dispuesto para la licitación pública lo cual es loable y bien visto por los entes de control.

Si se presentan observaciones determinantes para el proceso un día antes del cierre, que evidencian graves errores, aún se está dentro del término para expedir adendas, tratándose de modalidades de selección diferentes a la licitación pública, con el fin de preservar los principios de transparencia y publicidad, se debe prorrogar el cierre para garantizar que todos los interesados adviertan los cambios y puedan ajustar sus propuestas, siempre que no se trate de licitación por la razón antes referida.

Acumulación de experiencia de los socios

Con relación a la experiencia del proponente, el Decreto 734 de 2012 en su artículo 2.2.7 establece una novedad importante y es que contempla la posibilidad de que las personas jurídicas recientemente creadas, puedan acumular la experiencia acreditada de los socios con la de esa persona jurídica recientemente creada, posibilidad que antes estaba reservada para el Concurso de Méritos y que ahora se da paso entre las demás modalidades de selección con el objeto de estimular la creación de empresa. Lo anterior significa que si una persona natural crea una empresa, esa empresa va a estar respaldada por la experiencia de la persona natural para que le pueda garantizar a las entidades públicas la idoneidad y para darle la posibilidad a esa persona jurídica recientemente creada de participación en el mercado de las compras públicas y ya no quedo limitada como estaba antes solo al concurso de méritos, sino que se extiende a todas las modalidades de selección.

Esta posibilidad se dio porque muchas entidades públicas sentían temor de contratar con una persona jurídica recientemente creada donde no se tenía el título jurídico para soportar que eran los socios quienes iban a respaldar la ejecución del contrato, y sobre quienes además recaía la idoneidad porque en muchas ocasiones, la suscripción del contrato se hacía con la persona jurídica que no tenía la experiencia. Entonces ahora el Decreto da la posibilidad de que se acumule en proporción al capital de los socios, haciéndola extensiva a todas las modalidades de selección.

La probable y la acreditada, son las dos experiencias mínimas que debo pedir para habilitar a un proponente en un proceso de contratación, de conformidad con el Título VI del Decreto 734 de 2012. La experiencia probable es un requisito de antigüedad, pero no garantiza que tenga la experiencia real, simplemente cuántos años lleva de graduado o de constituida la empresa o sociedad o de ejercicio de la actividad, ese es un requisito *mínimo*. Esa experiencia probable también se puede acumular con la de los socios, según lo establecido en el Título VI del Decreto 734, pues las personas jurídicas constituidas con fecha inferior a 5 años o 60 meses que es su equivalente, puedan sumar la experiencia probable de los socios, con la de la persona jurídica para efectos de la experiencia probable.

Así las cosas, la posibilidad de sumar experiencia acreditada está en el artículo 2.2.7¹¹⁸ siendo ésta la que refleja la experiencia real y se demuestra con certificaciones laborales, certificaciones contractuales, etc., mientras que la posibilidad de sumar experiencia probable está en el Título VI del Decreto 734 de 2012.

Subsanabilidad

En cuanto a la subsanabilidad el Decreto conserva la misma estructura que hay en la ley, es decir, se pueden subsanar las condiciones del proponente y los documentos que soportan el contenido de la oferta. Entonces. Los requisitos del proponente son los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150¹¹⁹, es decir, la experiencia, la capacidad jurídica, la capacidad financiera y la capacidad de organización. Todos los requisitos que identifican las condiciones del proponente son subsanables con las siguientes salvedades.

Todo lo que otorgue puntaje, no es subsanable. Frente a este tema existía un aspecto que generaba inquietudes al interior de algunas entidades y era que como el certificado del Registro Único de Proponentes - RUP expedido bajo las reglas del Decreto 1467 de 2010 otorgaba unos puntajes de contratación, entonces se afirmaba que por tal motivo no podía ser subsanado. Esta fue una teoría que afortunadamente con la modificación que hizo el Decreto-Ley Antitrámites, ya no tiene cabida, porque expresamente eliminó la calificación de los proponentes.

Sin embargo, hoy en día los certificados que les presentan los proponentes a las entidades, todavía van a tener esos puntajes, pero en los pliegos de condiciones no se puede pedir puntajes para la experiencia probable o la capacidad financiera sino que se deberá pedir el indicador que trae el certificado expedido bajo las reglas del Decreto 1464 de 2010. Estos certificados traen esta información del proponente que obviamente no da ningún puntaje en desarrollo del proceso de selección.

118 Artículo 2.2.7. Valoración de la experiencia del proponente

Para efectos de habilitar un proponente, la experiencia de los socios de una persona jurídica se podrá acumular a la de esta, cuando ella no cuente con más de tres (3) años de constituida. La acumulación se hará en proporción a la participación de los socios en el capital de la persona jurídica.

En el caso de los consorcios o uniones temporales, la experiencia habilitante será la sumatoria de las experiencias de los integrantes que la tengan, de manera proporcional a su participación en el mismo, salvo que el pliego de condiciones señale un tratamiento distinto en razón al objeto a contratar. No podrá acumularse a la vez, la experiencia de los socios y la de la persona jurídica cuando estos se asocien entre sí para presentar propuesta bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993.

En el caso de sociedades que se escindan, la experiencia de la misma se podrá trasladar a cada uno de los socios escindidos, y se contabilizará según se disponga en los respectivos pliegos de condiciones del proceso.

119 Para consulta: LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 066 y 2474 de 2008, Reglamentada por el Decreto Nacional 2473 de 2010 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>

En la práctica se debe ser muy cuidadosos con este tema pues si por ejemplo un proponente presenta una certificación de experiencia que da puntaje, para el caso del concurso de méritos y al revisarla no es legible en algún aspecto importante, como lo es el precio, considero que sí es posible solicitarle una copia legible a pesar de que otorgue puntaje pues con ello no se está permitiendo subsanar, sino simplemente aclarar porque no me está trayendo una nueva certificación, sino la misma pero con una copia legible. Si no me lo hubiera aportado desde el comienzo obviamente no podría ser admisible porque al dar puntaje mejoraría la oferta.

Respecto de la Subsanabilidad, se podría aceptar que el proponente reemplace una de las certificaciones de experiencia mínima entregadas con su propuesta, siempre que con la nueva se acredite que antes del cierre cumplía con el requisito de experiencia. Esto es posible siempre que se trate de la experiencia mínima y que no otorgue puntaje, porque si es una certificación que dé puntaje, con una nueva sí se estaría modificando o mejorando la oferta.

En efecto, si en lugar de reemplazar una certificación, el proponente lo que hace es agregar otra para acreditar experiencia, *adicional* a las solicitadas en el Pliego, en este caso se estaría violando el principio de igualdad porque el proponente estaría completando, adicionando y mejorando el contenido de su oferta, porque muchos otros interesados pudieron haber dejado de presentar propuestas porque con las certificaciones exigidas en el pliego de condiciones no podían acreditar lo exigido. Si la entidad acepta certificaciones adicionales a las máximas solicitadas en el pliego, estaría incurriendo en una ilegalidad, justamente porque estaría permitiendo mejorar la oferta.

Se recomienda entonces, que en el pliego de condiciones se incorpore esta situación, es decir, la posibilidad de subsanar la experiencia mínima en aquellos casos en que no otorgue puntaje, pues se trata de un requisito que permitirá la habilitación del proponente, así como lo es la capacidad jurídica, la capacidad financiera y la capacidad de organización. En síntesis, los requisitos del proponente son subsanables, salvo que sean aspectos que otorguen puntaje,

El nuevo modelo contractual busca que yo le permita al proponente participar en los procesos de selección, por ello, se busca que los requisitos que se incorporen en los pliegos de condiciones no impidan la participación de buenos proponentes. El artículo 5 de la Ley 1150¹²⁰ establece que esos requisitos mínimos deben ser proporcionales y adecua-

¹²⁰ LEY 1150 DE 2007, Artículo 5°. Ver el Decreto Nacional 2473 de 2010 *De la selección objetiva*. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

Ver el art. 2.2.9 del Decreto Nacional 734 de 2012

dos al objeto y al valor de la contratación y de paso establece los que estrictamente se necesitan en un proceso de selección.

Otro aspecto que no es subsanable es la capacidad jurídica, entendida como condición habilitante que debe estar presente al momento del cierre.

Solo es subsanable, cuando se trata de aportar sencillamente el documento como tal de la prueba de la capacidad jurídica, pero no la capacidad en sí misma considerada, la cual si es insubsanable.

Hace poco salió una sentencia del Consejo de Estado, la cual tiene efectos inter-partes, es decir, que solamente vincula a las partes procesales de ese litigio. Allí se indicó, que la falta de requisitos para representar a una persona jurídica era subsanable por vía de ratificación como en el derecho privado. Yo soy de la teoría en que uno no debe darle tanto peso a la forma sino que debe ir a lo fundamental, por ello, si en el campo privado

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009.**

2. Modificado por el art. 88, Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2008**

se puede subsanar, se puede ratificar la representación legal, ¿Por qué en lo público no? Pero en dicha sentencia de la Dra. Ruth Stella Correa se distinguió el problema de la capacidad jurídica con el de la representación y las facultades del representante legal para comprometer a la sociedad, en la que se concluyó que el fenómeno de la representación no era un problema de capacidad jurídica de la administración sino de representación que podía ser ratificado por la persona jurídica.

En sentencia del 26 de enero de 2011 cuyo M.P. fue Jaime Orlando Santofimio se señaló expresamente que la capacidad jurídica en materia pública no es subsanable.

En síntesis, se puede subsanar el documento que acredita la capacidad, lo que no puedo permitir por ejemplo, es que ese documento tenga una fecha posterior al cierre.

Otro aspecto importante de señalar es la no Subsancibilidad de las causales de rechazo. Ejemplo de lo anterior se da en materia de garantías, donde la entidad consigna en el pliego de condiciones, las vigencias y suficiencias requeridas, pero es el proponente quien escoge el instrumento de garantía que desee. Según el Título V del Decreto 734 de 2012, que recoge una regla del Decreto 4828 de 2008 y una jurisprudencia del Consejo de Estado que todos conocemos, la garantía que no se presente simultáneamente con la oferta será rechazada por la entidad y las causales de rechazo no son subsancibles.

En cuanto a ellas se debe tener precaución para no crear inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la ley o volver insubsancible algunos aspectos que por sí mismos no lo son. Por ello, si se incluye una causal de rechazo por la no presentación del Certificado de Existencia y Representación Legal, obviamente es ilegal y sólo sería válida si dijera “No presentar los documentos de capacidad jurídica si una vez requerida la subsancibilidad, estos no fueran aportados”. Es decir, si se le requirió para que lo presentara y no lo hizo, será causal de rechazo. Pero no es posible por vía de causales de rechazo, crear impedimentos para subsancir aspectos del proponente o que soporten el contenido de la oferta.

Ahora bien, en materia de subsancibilidad, está prohibido hacer listados de los requisitos subsancibles y los no subsancibles. Esta disposición viene desde el 2008, por ello, la idea es que las entidades no incurran en esa prohibición porque la ley ya definió lo que es subsancible y lo que no es subsancible.

Por otra parte, tampoco es posible aceptar circunstancias o cumplimiento de requisitos ocurridos con posterioridad al cierre. Por ejemplo, no es aceptable un Registro Único de Proponentes cuya fecha de firmeza fue dos días después del cierre, así con esa información cumpla los requisitos exigidos como quiera que no se puede tener en cuenta esa información porque no estaba en firme. En esos casos la entidad debe tomar la información que

estaba en firme, teniendo en cuenta que cuando hay información en trámite de firmeza, el RUP reporta las dos, es decir, la que está en firme y la que está en proceso de firmeza.

Entonces, como se trata de una circunstancia que ocurrió con posterioridad al cierre del proceso no es admisible. Al respecto, una recomendación es no pedir en el pliego de condiciones que el certificado del RUP sea expedido dentro de los 30 días anteriores al cierre, porque es posible que me aporten un RUP expedido con fecha posterior al cierre y será válido, ya que lo que está certificando es la fecha de publicación de la información y en consecuencia, cuándo queda en firme, de acuerdo al Decreto Ley Antitrámites.¹²¹ Ahora son diez días. Lo anterior debe tenerse en cuenta porque muchos procesos se caen debido a que no se aceptan certificados del RUP con fecha posterior al cierre, desconociendo que para el caso específico del RUP, el hecho de que me lo aporten con fecha anterior o posterior al cierre, no es relevante porque igualmente la entidad puede determinar si al momento del cierre, se cumplieron los diez días requeridos para la firmeza de la información contados a partir de la fecha de publicación, por ello, no es necesario pedir el RUP con treinta días de anticipación a la fecha del cierre. Hay que tener cuidado en la redacción de los pliegos para evitar rechazar a un proponente por el simple hecho de traer un RUP expedido con fecha posterior al cierre cuando acredita información en firme antes del cierre.

Ahora bien, hay que distinguir entre inscripción, renovación y actualización de la información porque son tres cosas diferentes. La inscripción siempre debe estar en firme y si no lo está, ni siquiera la expide el certificado cuando ha dejado vencer la renovación y si la expide en el certificado se evidencia esto. La renovación no requiere estar en firme, lo que señala el Decreto es que yo puedo solicitarla y los efectos de la anterior se siguen produciendo mientras el otro queda en firme. La actualización debe realizarse cada vez que se modifique la información y para la evaluación debe tomarse la que está en firme y no se puede rechazar por el solo hecho de tener la información en proceso de firmeza.

Por ejemplo, en materia financiera, la información de un proponente se modifica a más tardar en marzo de cada año, entonces en abril ya se debe estar actualizando la información de los estados financieros, con la fecha del año inmediatamente anterior. No es aceptable que un proponente so pretexto de renovar la inscripción en noviembre, no actualice la información en abril, pues se trata de cosas diferentes.

De acuerdo con lo expuesto, en cuanto al RUP, lo que es subsanable es la presentación del certificado, pero la información que tenga para efectos de la evaluación debe estar en firme y si no quedo en firme antes del cierre, no puede ser habilitado el proponente por la entidad contratante.

¹²¹ DECRETO 19 DE 2012 (Enero 10) Reglamentado por el Decreto Nacional 734 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>

2. SESIÓN DE PREGUNTAS

Participante: ¿Cuando uno pide la información o capacidad financiera a 31 de diciembre de 2011 y no se encuentra en firme al momento del cierre? lo que le entiendo es que se solicita la información que está en firme, que para este caso sería 31 de diciembre de 2010, la capacidad financiera, en ese caso para efectos de la comparabilidad de las propuestas ¿no sería contradictorio tomar esa información?

Conferencista: El hecho de que no esté en firme una información, no constituye una causal automática de rechazo, sino que la entidad debe tomar la información que está en firme y si con ella el proponente no cumple, en ese caso sí debe ser rechazado porque el pliego de condiciones contemplaba esa regla. Pero si en el pliego de condiciones no se estableció un corte, no lo podría rechazar, por ello, la redacción del pliego debe ser muy fina, muy inteligente, de tal manera que no rechace a quien me da información más actualizada.

Además, no puede perderse de vista que la información financiera no es comparable porque la información del proponente no se compara, solo es para medir si tiene o no las condiciones mínimas que yo requiero para ejecutar mi contrato pero la información financiera, no es objeto de comparación porque lo que se compara son las ofertas.

Participante: Teníamos un proceso donde el pliego de condiciones exigía cinco años de experiencia probable, la última renovación que había hecho el proponente había sido en febrero y la experiencia probable que le acreditan es de 4.9 de años y a la fecha de cierre del proceso si lo tuviéramos en cuenta como dice el Decreto, que las Cámaras de Comercio para calcular la experiencia probable tomaran en cuenta la fecha de constitución o de adquisición de la personería jurídica, el proponente cumple con los 5 años, pero en el documento que presenta no está acreditando los 5 años, ¿ese requisito es subsanable o no es subsanable?

Conferencista: ¿Por qué si cumpliría, si se contabiliza así porque actualmente en el certificado no está esa información?

Participante: Porque la renovación que él hizo de su certificado era del mes de febrero, entonces cuando el presentó la información a la Cámara de Comercio en el mes de febrero solamente tenía 4 años y nueve meses, 4.96. Pero a la fecha de cierre si yo le cuento la fecha desde la cual se constituyó ya tiene los cinco años.

Conferencista: El Decreto es muy claro en establecer que el proponente debe actualizar la información y si él sabía que el requisito de experiencia mínima era 5 años, debió haberla actualizado, ya que es un trámite que se puede realizar en cualquier momento y además se constituye en un deber. Afortunadamente el Decreto es muy claro en decir que el certificado es plena prueba y en consecuencia no admite prueba en contrario.

En cuanto al tema del RUP hay un régimen de transición que establece que los certificados expedidos bajo el Decreto 1464¹²² siguen produciendo efectos jurídicos, es decir, siguen siendo plena prueba. Y si esto es así, desafortunadamente en el caso planteado, por más que parezca lamentable, la responsabilidad es sólo del proponente por no haber actualizado la información y la entidad no lo puede aceptar en el proceso, precisamente porque la norma determina que el RUP es plena prueba.

Participante: ¿El artículo 6.4 que es el de transitoriedad y se refiere a los aspectos financieros y a las personas que no actualizaron los estados financieros de acuerdo al Código de Comercio Colombiano, deben hacerlo dentro de los 3 primeros meses, dice que se acogen a la transitoriedad justificando que no tienen por qué tener los estados financieros en firme a la fecha de hoy, cuando ya han transcurrido más de siete meses del año?

Conferencista: No es cierto, el artículo 6.4.5¹²³ que habla del régimen de

¹²² DECRETO 1464 DE 2010 (Abril 29) Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012, Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39442>

¹²³ DECRETO 734 DE 2012, Artículo 6.4.5. Requisitos habilitantes de personas extranjeras no inscritas en el Registro Único de Proponentes por no tener domicilio o sucursal en el país

Las entidades contratantes deberán verificar directa y únicamente la información sobre la capacidad jurídica, y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes para el caso de las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia. En consecuencia, a los citados oferentes no se les podrá exigir el registro único de proponentes.

Para tal efecto, deberán señalar en el respectivo pliego de condiciones las condiciones que se exigen, los parámetros de verificación y equivalencia, así como los documentos que para tal efecto deberán ser presentados. En ningún caso las exigencias que se le hagan a los proponentes extranjeros a los que se refiere el presente artículo, podrán ser más gravosas que para los proponentes, servirán para crear condiciones de desigualdad, nacionales o extranjeros que deben tener registro único de proponentes, ni se podrán exigir documentos o información que no sea la estrictamente necesaria para verificar las condiciones a que se refiere el inciso primero.

Los proponentes plurales que tengan al interior de sus integrantes personas extranjeras no inscritas en el Registro Único de Proponentes por no tener domicilio o sucursal en el país, deberán, de acuerdo a lo que dispongan los pliegos de condiciones, acreditar los requisitos habilitantes de dichos integrantes directamente ante las entidades estatales, quienes deberán realizar la verificación de la documentación de manera directa.

Dado que el CIU es de carácter internacional no requieren de ningún tipo de homologación por parte de la entidad estatal, en caso que esta emplee y/o exija, en los pliegos de condiciones, que se clasifiquen y califiquen según dicho Sistema de Clasificación.

Parágrafo. Las entidades estatales contratantes podrán generar formularios para los oferentes internacionales que no se pueden inscribir en el RUP, similares a formularios modelo utilizados por las Cámaras de Comercio del país y los publicarán en el SECOP, como un anexo a los pliegos de condiciones, para que los proponentes extranjeros interesados los diligencien y los entreguen, junto con la documentación exigida como soporte de la información, directamente a la respectiva entidad estatal con los soportes pertinentes.

transición, lo que señala es que el certificado expedido bajo el Decreto 1464¹²⁴ sigue produciendo efectos jurídicos hasta tanto el proponente actualice su información al nuevo Decreto y el sub régimen de transición de las Cámaras de Comercio dice que ellas tienen 3 meses, que según la información que hay de la Cámara de Comercio se completa el 1º de septiembre, ese día ya empiezan a expedir los primeros certificados según el Decreto 734.

Ello quiere decir que a la fecha, todas las actualizaciones, renovaciones e inscripciones se han debido hacer bajo el Decreto 1464 de 2010. Tanto este Decreto como el 734 de 2012, son absolutamente claros al establecer que la actualización de la información es un deber permanente del proponente, de ahí que una vez le cambia la información financiera en marzo en el mes de marzo, tiene que actualizarla. Es un deber de los proponentes y la opción del régimen de transición es acogerse al Decreto 734 de 2012.

Participante: Frente a la firmeza, si supuestamente hay un cierre para el día 23, Entonces él dice que su acto va a quedar en firme el 24, sería en firme circunstancias posteriores de acuerdo a lo expuesto, porque todavía está el proceso y puede subsanar ese documento. Es decir, los estados financieros del 2011 van a quedar en firme el 24 de agosto y el cierre es el 23 de agosto.

Conferencista: ¿O sea queda en firme un día después del cierre?

Participante: Si señor.

Conferencista: Así se trate de un proponente muy bueno y con amplio reconocimiento internacional, si la firmeza en el Registro Único de Proponentes se cumple dos días después del cierre y la información que para ese momento tenía en firme no le servía para cumplir con los requisitos del proceso, no hay nada que hacer y no se le debe tomar esa información.

Ahora, hay otro tema y es que para efectos de la firmeza del Registro Único de Proponentes y todos sus efectos, hay una regla similar a la de las adendas en el sentido de que se entiende por días hábiles de lunes a viernes, no feriados, de siete a siete. Entonces, la contabilización de esos 10 días debe hacerse bajo esas reglas, de modo que los 10 días deben haberse completado al momento del cierre, de lo contrario no hay nada que hacer.

En cuanto a la subsanabilidad, el Consejo de Estado declaró nulo el aparte del Decreto 2474¹²⁵ que decía “o el momento en que lo indique el pliego”, y ello fue así porque el Decreto no podía decir algo distinto a la Ley, pero el Consejo de Estado en el concepto del 20 mayo de 2010, del doctor Enrique José Arboleda expresó que ese “hasta” era un

¹²⁴ Op.Cit.

¹²⁵ Op. Cit.

término, que podría referir un máximo que le permitía a la entidad, y que ésta debía regular en el pliego o en la solicitud del requerimiento.

Las entidades si pueden limitar el término de Subsanción, en el link de preguntas frecuentes del Sistema Electrónico para la Contratación Estatal SECOP, está la aclaración que hace el Departamento Nacional de Planeación sobre el Decreto 734 de 2012 y sobre el concepto del Consejo de Estado donde indica que la entidad pública, en el pliego de condiciones o en el requerimiento debe dar un plazo razonable al proponente para que subsane, un plazo razonable y que si dentro de ese plazo no subsana la entidad podrá establecer si lo rechaza o no.

No puede perderse de vista que un desarrollo del principio de economía en la Contratación Pública es el hecho de que los términos son perentorios y preclusivos y por ello la entidad no puede estar, como dice el concepto del Consejo de Estado, a la espera de que el proponente vaya confeccionando poco a poco la oferta durante el desarrollo del proceso de selección. Entonces los invito a leer tanto el concepto del Departamento Nacional de Planeación como el concepto del 20 mayo del Dr. Enrique José Arboleda donde ese tema de subsanción se aclara y se establece que no es un derecho del proponente subsanar hasta la adjudicación, sino que es la entidad la que fija el término de subsanción y dentro del cual el proponente debe cumplir con lo requerido.

Precios artificiales

Con relación al tema de precios artificialmente bajos, la novedad radicó en que se impide a las entidades públicas fijar límites inferiores a partir de los cuales presume que los presupuestos fueron bien confeccionados, porque en muchos casos no es así y si establezco topes puede ser que la entidad salga perjudicada pues pudo haber obtenido un precio inferior que el proponente estaba en capacidad de ofrecer. Se entiende mejor con casos de la vida real como cuando la entidad x pidió cotizaciones de mercado para contratar unos carnets institucionales, la entidad por mínima cuantía abrió el procedimiento y se le presentaron ofertas bajitas pero una de ellas fue la de 6 millones o sea el 50% del presupuesto. La entidad le pidió la aclaración al proponente, este se asustó mucho porque vio que lo iban a rechazar y que lo trataban de artificial, entonces dijo miré entidad esos son los precios a los cuales les vendo por ejemplo un municipio, adicionalmente con esto yo tengo el 30% de utilidad, la entidad le dice: usted fue uno de los que me presentó cotización por 12, ¿porque me cotizó por 12? A la entidad de toco adjudicarle porque no tenía otra opción pero fíjense por esa razón no es tan aceptable, muchas veces decir, que el que presente presupuesto inferior al 90% del presupuesto es artificial porque muchas veces el presupuesto puede tener falencias en su confección.

Si al elaborar los estudios de mercado hay que verificar la consistencia de las cotizaciones, pues si hay grandes diferencias en las mismas no servirán de fundamento para

elaborar el presupuesto. Entonces cuando hay diferencias abismales en las cotizaciones no las podemos tomar como único criterio, debemos tener en cuenta también los precios históricos, como se ha contratado antes en la entidad, como contratan otras entidades, etc., para que la estructuración de los precios sea seria.

Con relación a los factores de selección a utilizar en los procesos de selección, dependiendo del objeto de la contratación y de la modalidad adoptada, se determina si el proponente será elegido por precio, por calidad, por relación costo-beneficio, o por ponderación de precio y calidad. La relación costo-beneficio, no sé si lo han escuchado en otros foros, algunos confundidos lo han interpretado equivocadamente como la reproducción de una norma suspendida. El Estatuto Anticorrupción modificó el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, donde incorporó como uno de los criterios de selección la relación costo-beneficio y en consecuencia hoy en día el Gobierno sí lo puede reglamentar. La relación costo-beneficio no es la reproducción de una norma suspendida sino que está reglamentando un nuevo supuesto que creó la Ley 1474¹²⁶.

Participante: En cuanto a la oportunidad que tienen los proponentes para subsanar, he tenido la oportunidad de leer la sentencia que menciona el doctor y si efectivamente en esa sentencia se habla que no es un derecho de los proponentes la oportunidad de subsanar, sino que es una oportunidad que la entidad que le otorga al proponente. Es clara la sentencia, la aclaración que hace el doctor respecto de los procesos como el concurso de méritos, la selección abreviada y la licitación pública. ¿El tema es si eso puede ser aplicable a la subasta, porque he intentado aplicar la misma regla y no estoy tan seguro cuando el proponente me dice que hay un artículo en el Decreto 734 que dice taxativamente que ellos tienen esa oportunidad hasta antes de la audiencia de subasta?

Conferencista: En efecto, el Decreto señala que se puede subsanar hasta el momento previo a la subasta, pero ese “hasta” se debe interpretar bajo la misma óptica del Consejo de Estado, en el sentido de que se trata del momento que haya fijado la entidad para ir a la audiencia de subasta. Entonces evidentemente no se trata de que minutos antes de iniciar la subasta, la audiencia, las pujas, llegue uno de los proponentes subsanando algún requisito. Por lo tanto, en el pliego de condiciones o el documento donde se conceda el término para subsanar, se debe indicar un momento límite para hacerlo, previo a la realización de la misma con el fin de que la entidad tenga el tiempo suficiente para establecer quienes son los habilitados para participar en la puja. Además, cuando yo hago la subasta electrónicamente tengo que saber por ejemplo, con cuántos proponentes voy a hacerla y en consecuencia, a cuántos tengo que habilitar y capacitar en el uso de la herramienta tecnológica.

Respecto de la subasta electrónica se puede afirmar que es una muy buena herramienta, que trae grandes beneficios y evita problemas en la práctica.

¹²⁶ Op.Cit.

Participante: Con el tema que usted va a comenzar, que es muy común en las entidades por el temor que ha generado la utilización de la subasta en cuanto a la calidad de los bienes que se van a adquirir, cuando es evidente que cuando es un bien de características técnicas uniformes y de común utilización, por temor deciden llevarlo por otra modalidad de selección. Mi pregunta es, ¿es válido hacerlo cuando la norma claramente le dice a usted cuándo es un bien de características uniformes o de común utilización, llévelo por subasta?

Conferencista: En pocas palabras ello constituye no solo una ilegalidad sino una mala práctica de las entidades públicas pues la Ley no da opción, de modo que cuando se trate de un bien o servicio de características técnicas uniformes deberá contratarse por medio de subasta inversa, por bolsa de productos o por acuerdos marco de precios que aún no están reglamentados. Si se trata de una consultoría definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, debe hacerlo por concurso de méritos, para todo lo que esté comprendido dentro del 10% de la menor cuantía, debe hacerlo por mínima cuantía y para todo lo demás existe licitación pública y selección abreviada de menor cuantía o sus demás modalidades.

Entonces, lo que hizo la Ley 1150 de 2007, disponiendo que las entidades públicas compraran de forma inteligente, no es una opción. Por lo tanto, si voy a contratar algo que es posible estandarizar de acuerdo a sus parámetros de desempeño y calidad, puedo contratarlo teniendo en consideración sólo el precio, porque tengo la posibilidad de definir la calidad requerida. Con ello se evita tener que incorporar criterios que no tiene mucha aplicación en un determinado proceso de selección.

La dificultad que se ha presentado en la práctica con la subasta, es que las entidades no definen la calidad y eso lo que le pasa todos los días en la administración pública, olvidando que en contratación pública no se puede suponer nada.

El problema de la subasta inversa es que la entidad contratante, no especifica bien lo que necesita, pues no es suficiente consignar un par de criterios. Obviamente las entidades públicas no son expertas en el objeto que van a contratar ya que los expertos se encuentran en el mercado y por ello se les da a conocer la necesidad y eso se convierte en otro problema porque las entidades públicas muchas veces no tienen claro lo que necesitan.

Con todas estas reformas legales, el engranaje se está completando de manera que las fugas que había en la ejecución del contrato ya no se van a poder dar, porque ahora hay unas normas y unas condiciones más exigentes en la materia, de ahí que no hay motivo para tenerle aversión a las subastas inversas sino que por el contrario, las fichas técnicas deben ser más exigentes, contemplar todas las posibilidades, tener presente el tema de los riesgos previsible pensando en todas las eventualidades que pueden ocurrir y regularlas en el pliego de condiciones y en el contrato, de manera que no haya

escapatoria para el proponente, para el contratista o el supervisor del contrato que no quiere hacer una vigilancia correcta.

La consultoría está definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹²⁷. Respecto de ella se debe aclarar que no todo lo que se llama estudio o diseño es consultoría por antonomasia, pues para que lo sea debe encuadrar expresamente dentro de esas hipótesis que están establecidas allí para la consultoría.

Resulta que hay entidades que para contratar un desarrollo de software lo denominan “diseño” de una solución tecnológica, entonces como decía diseño ya lo consideraban como una consultoría, cuando en realidad lo relacionado con desarrollos, fábricas, etc. de software nunca será un diseño sino un servicio que se debe realizar por licitación pública o selección abreviada de menor cuantía según el monto en el cual se pondere precio y calidad.

En tecnología uno no puede comprar ni lo de mayor calidad solamente ni lo más barato porque es muy riesgoso, debe ponderarse ambas cosas (precio y calidad), salvo que se trate de bienes y servicios uniformes como los equipos de cómputo, donde defino qué tipo de procesador, disco duro, memoria, necesita el computador

Entonces dependiendo del objeto, la compra inteligente me indica que debo hacerlo de determinada manera, con los demás procesos de selección que no encuadren en lo uno o el otro lo contrataré por ponderación de precio y calidad o por relación costo-beneficio.

De conformidad con la Ley 1150 de 2007, dependiendo de lo que se va contratar, debo elegir la modalidad de selección adecuada, teniendo presente que la regla general es la licitación pública y debo optar por ella en los casos en que haya duda.

Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad no puede ser usado para crear modalidades de selección, pues éstas son de creación legal. Ese principio tiene aplicación durante la elaboración y ejecución del contrato, pues allí yo incluyo condiciones en cuanto a la forma de pago, mecanismos de entrega de manera autónoma y creativa en los términos de la ley y del contrato.

La regla general dentro de las modalidades de selección, es la licitación pública pero desafortunadamente las cifras de los entes de control reflejan que no es así. Más del 70% de la contratación pública publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP es de forma directa según la Auditoría General en un programa televisivo transmitido por RTVC y la ESAP, situación que no es normal. Ello obedece en algunos casos, hay corrupción, en otro mal criterio para utilizar la contratación directa y en otros a que las entidades clasifican en el Secop como contratación directa lo que no lo es, por ejemplo en el caso de los Convenios reglamentados por el Decreto 777, que consti-

¹²⁷ Op. Cit.

tuyen un régimen diferente similar al de un contrato privado. Otros casos en los cuales tratándose de regímenes especiales que tienen algunas entidades públicas, publican los contratos aduciendo la contratación directa, cuando debería ser justamente a través de ese régimen especial, entre otros.

Otro tema importante se encuentra en la contratación de prestación de servicios profesionales, debido a que en muchas ocasiones el personal de planta de las entidades públicas es escaso y no es suficiente para cumplir las tareas de la entidad. Este aspecto puede llegar a generar un sobredimensionado número de contratos directos. No puede perderse de vista que la contratación directa es taxativa, de creación legal y de interpretación restrictiva, por lo tanto, sólo se puede contratar de manera directa cuando se encuadra la contratación expresamente en una de las hipótesis normativas que están previstas para ello.

Toda regla general tiene su excepción y la Licitación Pública no escapa de eso, encontrándose entre sus excepciones la selección abreviada que según la definición del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, es un procedimiento de selección simplificado que busca contratar de manera abreviada el aprovisionamiento de bienes y servicios o la enajenación de bienes, que obedece a unas causales taxativas que permiten hacer una contratación más expedita. Entre esas causales la más famosa es la de menor cuantía como una “mini licitación”, que tiene las mismas etapas de una licitación pero más cortas y menos rigurosas. Otra de las causales de selección abreviada es la subasta y las demás causales se rigen esencialmente por el procedimiento de la menor cuantía.

En el Decreto 734 de 2012, se optó por remitir las causales de selección abreviada que no tuvieran un tratamiento especial a los procedimientos conocidos por las entidades públicas (menor cuantía), como el de la prestación de servicios de salud, la contratación de bienes o servicios para personas amenazadas vulnerables, los contratos de seguridad y defensa nacional no sometidos a reserva que se deben contratar por selección abreviada de menor cuantía.

Por otra parte está el Concurso de Méritos, que es para contratar consultoría como ya se habíamos anticipado. Esa consultoría debe ser contratada en atención a la calidad salvo en la consultorías cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, caso en el cual se contratará a precio. El Concurso de Méritos puede ser abierto o con precalificación.

En cuanto a la licitación pública, los principales cambios que se introdujeron con la Ley 1474 de 2011, el Decreto 734 de 2012 y el Decreto Ley 19 de 2012, está en primer lugar la eliminación de la publicación del aviso en prensa, de modo que ahora para abrir una licitación, no se requiere la publicación de este aviso sino del de convocatoria reglamentado en el Decreto 734 y se tiene que publicar en el Sistema Electrónico para la Contratación Público SECOP. Tampoco se tiene que reportar la licitación a los boletines de las

Cámaras de Comercio, requisito que estaba establecido en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993,¹²⁸ que la Ley 1150 derogó,¹²⁹ pero que en un párrafo del artículo 8 del Decreto 2474¹³⁰ subsistió, motivo por el cual, al no haber sido reproducido en el Decreto 734 de 2012, quedó derogado y en consecuencia ya no existe ningún fundamento normativo para justificar ese reporte al boletín de las Cámaras de Comercio en el caso de las licitaciones, constituyéndose en uno de los avances del Decreto 734¹³¹.

Ustedes recordaran que el Decreto 2474¹³² señalaba inicialmente que la audiencia de riesgos y la audiencia de aclaraciones se podrían hacer en un mismo momento, pero el Consejo de Estado indicó que no se podía porque eran momentos distintos, lo cual generó en la práctica un trámite innecesario de 2 audiencias, entonces lo que hizo el Decreto Ley Antitrámites fue modificar el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y ahora en la audiencia de aclaraciones se deben discutir los riesgos previsibles, es decir, en una sola audiencia.

Adicionalmente, se recogió una norma que había sido anulada por el Consejo de Estado que era la conformación dinámica de la oferta. El Decreto 734 de 2012, recoge el entendimiento que dio el Consejo de Estado, pero no está reproduciendo ningún artículo. En efecto si se realiza un simple ejercicio comparativo, se puede concluir que son normas absolutamente diferentes, obviamente tiene similitudes en su filosofía que consiste en hacer una puja dinámica en factores técnicos y económicos pero no implica la reproducción de una norma suspendida.

Como ya se había mencionado anteriormente, de acuerdo al Estatuto Anticorrupción, las adendas para licitación pública pueden ser expedidas antes de los 3 días previos al cierre. Uno de los errores más frecuentes de las entidades públicas es que a través de adendas modifican los objetos contractuales, olvidando que el objeto es inmodificable. Por ello, para evitar inconvenientes, el objeto del contrato se debe redactar de manera amplia y en el alcance del mismo sí se pueden dejar aspectos sobre el cómo, cuándo y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, de tal manera que si hay que cambiar alguna de estas condiciones, no sea necesario modificar el objeto sino el alcance del mismo, en razón de que las adendas no pueden implicar cambios sustanciales al pliego de condiciones.

La selección abreviada también se realiza por convocatoria pública lo que implica no solo el llamado a cualquier interesado en participar sino la publicidad del procedimiento de selección. Al respecto se debe aclarar que hoy en día no existe la figura del fraccionamiento toda vez que si se adelantan varios procesos de selección abreviada de menor cuantía, incluso de mínima, estas modalidades son procedimientos de selección objetiva. Es decir, si se abren dos selecciones abreviadas en vez de una licitación, ¿estoy vio-

¹²⁸ Op. Cit.

¹²⁹ Op. Cit.

¹³⁰ Op. Cit.

¹³¹ Op. Cit.

¹³² Op. cit.

lando el principio de selección objetiva? No, porque ustedes están haciendo un proceso público concurrencial, porque a él se puede presentar cualquier interesado y lo están garantizando a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, entonces si adelantan dos selecciones abreviadas, en todo caso si, por cualquier motivo el presupuesto sólo les daba para el primer semestre y luego deben adelantar un segundo presupuesto, para el segundo semestre porque lograron conseguir recursos, entonces no es un fraccionamiento.

Lo que si no es aceptable que por falta de planeación se realicen diversas contrataciones en perjuicio de la economía de escala, eficiencias administrativas y otros impactos negativos que deberán valorarse en cada caso, pues no tiene sentido que una misma entidad adelante varios procesos de contratación para comprar computadores para distintas dependencias cuando podría adelantar una sola contratación reduciendo costos de transacción.

Uno de los temas importantes a tener en cuenta es que todas las causales de selección abreviada establecidas en el parágrafo 2º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, deben contar con **convocatoria pública** y **publicidad** lo que significa que puede participar cualquiera persona interesada y la entidad deberá divulgar el proceso para todos por igual, a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP.

Participante: ¿Cómo es el procedimiento para conformar dinámicamente una oferta?

Conferencista: Normalmente en la licitación, cuando recibo la oferta, ésta contiene unas condiciones de precio y calidad estáticas, que pueden ser modificadas en una puja dinámica de factores tanto técnicos como económicos.

No se trata de una subasta porque ésta es sólo para precio y la conformación dinámica de la oferta incluye también la ponderación de factores técnicos.

El pliego de condiciones prevé unas condiciones iniciales tanto técnicas como económicas y luego de que se cumplan los requisitos de habilitación, establece el Decreto, hay una puja dinámica, donde se van a mejorar no solamente los aspectos económicos, sino también los técnicos. Entonces cómo es una puja dinámica, los proponentes comienzan a mejorar sus lances y no solamente en lo económico sino en lo técnico (más garantías, más condiciones de mantenimiento, etc.). Por ello, las condiciones técnicas deben estar previstas en el pliego de condiciones, indicando los aspectos sobre los cuales se va a hacer la puja y dejando claro que ganará el que me ofrezca las mejores condiciones obviamente ponderadas tanto en factores técnicos como económicos, que fue lo que dijo el Consejo de Estado para la subasta y en cuanto a la conformación dinámica de la licitación, que no son sólo los factores económicos si no también los técnicos.

La Manifestación de Interés, sólo aplica para la selección abreviada de menor cuantía, no aplica en los demás procedimientos de selección.

La licitación pública se puede aplicar para el caso que se quiera, siempre que la ley no sea la que obligue a usarla porque ahí sí sería indefectible acudir a ella.

La menor cuantía no sufrió, en términos generales, ningún cambio con el Decreto 734 de 2012, fíjense que este Decreto no introdujo abundantes reglas como se ha dicho desinformadamente, pues por ejemplo, la licitación pública se sigue haciendo igual, la menor cuantía se sigue haciendo igual, la subasta tuvo algunos afinamientos, al igual que el concurso de méritos, pero en términos generales no cambió el mundo contractual.

En cuanto a la subasta inversa se presentaron los siguientes cambios puntuales que es importante resaltar: en primer término, se mejora la definición de común utilización porque en muchas entidades públicas se entendía que común utilización era que todas las entidades lo contrataran y no todas las entidades contratan lo mismo. La común utilización, aclaró este Decreto, está referida a aquellos bienes y servicios que se ofrecen en condiciones equivalentes a todo el mundo por igual, es decir entidades públicas, privadas, etc., no se trata de que todas las entidades lo contraten.

Respecto de todas las modalidades de selección abreviada, cuando el proceso sea declarado desierto, el nuevo que se abra puede prescindir de la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Esto solamente aplicaba en algunas causales de selección abreviada, ahora aplica para todas, entendiendo que ya se ha surtido la publicidad correspondiente, inclusive cuando se declara desierta la licitación y la selección abreviada que surge producto de la misma es declarada desierta nuevamente, también sería posible prescindir del prepliego.

Los beneficios de las subastas, se observan cuando se presentan varios proponentes pues de esa manera puede haber puja de mejora de ofertas económicas. Pero si no existe pluralidad de oferentes, la solución que existía en el Decreto 2474¹³³ consistía en la posibilidad de hacer una nueva apertura del proceso para recibir más ofertas con el fin de que se diera la competencia pero el Consejo de Estado, en mi criterio, en una posición desconocedora del funcionamiento de la subasta, estableció que era una violación a la igualdad porque permitía que otros interesados se presentaran habiendo proponentes en el proceso. Pero no se entiende cuál es igualdad que se violaba, si se tiene en cuenta que hasta ese momento no se había abierto el sobre económico, es decir, nadie sabía el precio, entonces no existía forma de mejorar las ofertas por parte de los nuevos interesados que participaran. El Consejo de Estado desafortunadamente no entendió bien esta modalidad y determinó que no se podían presentar sino los mismos interesados a la nueva etapa, por lo que se volvió una etapa más de subsanabilidad, donde sí solamente hubiera uno sólo que se hu-

¹³³ Op. Cit.

biera presentado, él se iba sólo al proceso de adjudicación y obviamente no había ninguna rebaja de precio, desnaturalizando así la finalidad de la subasta.

Con la decisión del Consejo de Estado, el Gobierno quedó con las manos atadas en ese sentido y no podía emitir un reglamento similar en la materia. Por ello, muchas entidades por su propia cuenta negociaban con el proponente, así no estuviera previsto en el pliego de condiciones ni en la ley, pero satisfacían el principio de economía pues se le estaba ahorrando dinero al erario público. Aunque esto no fuera ilegal, de todas maneras muchos servidores públicos, si son muy temerosos de infringir la Ley, por lo que el Gobierno Nacional revisó la manera como se manejaba el tema en otros países y se vio que por ejemplo, Ecuador tiene una regla que dice que, si hay un único habilitado en la subasta se debe dar un descuento mínimo del 5%, siendo interesante que la norma estableciera una obligación de bajar el precio, pero obviamente esa reducción del 5% genera que todo los proponentes suban el 5% en sus ofertas, entonces eso no se puede establecer tan fácilmente en todos los casos, o peor aún, qué tal si hay un proponente que se fue con el precio más bajito de entrada, lo condenamos a que no pueda participar o que sea rechazado.

En Colombia, el Decreto estableció la negociación directa cuando solamente queda habilitado un proponente, en ese caso, la entidad entrará a negociar con dicho proponente. Esa negociación con el único habilitado se debe dar como mínimo en un margen, valga la redundancia, mínimo de mejora, es decir, que ese sea el punto de partida de la negociación que debe estar contemplado desde el pliego de condiciones que es el que establece ese rango mínimo de mejora, que debe ser un rango adecuado para que ellos también puedan competir. Este rango de mejora debe ser superior y distinto al porcentaje mínimo de mejora a que se refiere la puja dinámica de la subasta. En efecto, lo que pretendió el Decreto 734 fue obtener las eficiencias que se hubieran generado si se presentaba pluralidad de oferentes, motivo por el cual, en el pliego de condiciones deben regularse 2 rangos de mejora: el de la **puja** si se presentan mínimo 2 competidores, y el de **negociación directa** con el único habilitado que debe tener un porcentaje superior estimando el monto al que probablemente se hubiera arribado si hubiera habido puja.

Adicionalmente, el decreto establece que si la oferta que presenta el proponente no se ajusta al mínimo de negociación porque desde el inicio dio su rango máximo de mejora y no puede rebajar ni siquiera el mínimo previsto en pliego de condiciones; la entidad pública debe proceder a declarar desierto el proceso y no se hará efectiva la garantía de seriedad de la oferta a ese único habilitado porque su oferta fue tan seria que ni siquiera permite el rango de mejora. Si no hubiera posibilidad de declarar desierto el proceso, nadie negociaría y la entidad se vería obligada a adjudicar siempre con el precio inicial que el proponente hubiera ofrecido de entrada o peor aún, a declarar desierto siempre el proceso porque ningún proponente se presente.

Otra cosa diferente es el tema de la prórroga del cierre. Lo que anuló el Consejo de Estado fue la posibilidad de que se ampliara el plazo para que se presentaran nuevos proponentes, cuando había proponentes que no resultaron habilitados porque según el Consejo de Estado ello violaba la igualdad. Ahora lo que señala el Decreto es que si no se presentó ningún proponente al cierre del proceso se puede ampliar el plazo para que se presente cualquier interesado porque con eso no se viola la igualdad. Con este tema tampoco se produjo reproducción de una norma suspendida porque son cosas diferentes.

Participante: ¿El evento de negociación por único habilitado es diferente a oferta única, o sea en el caso que haya una única oferta no es obligatorio hacer negociación?

Conferencista: El único habilitado puede darse porque se presentó una única oferta o puede ser porque se presentaron varias y quedó solamente uno habilitado.

Participante: No, cuando sólo se presentó un único proponente.

Conferencista: Son las dos hipótesis, la idea es que en caso de que sólo tenga una oferta habilitada o presentada es el mismo efecto. Se debe hacer la negociación pues la idea es obtener eficiencia; la redacción del Decreto menciona al único habilitado, lo cual quiere decir que si sólo se presentó uno y se habilitó uno, en consecuencia hay que hacer negociación porque la idea es buscar ahorro.

Entonces no es facultativo, es un deber pues dice ampliará y no dice podrá ampliar.

Participante: Con respecto a la adjudicación, con una única oferta es porque el artículo 8.1.12 dice de la adjudicación con oferta única y si aplicamos el artículo que estamos leyendo es si dentro de ese procedimiento uno sólo resulta habilitado negociamos con ese. Ahora, si sólo se presenta una oferta ¿también negociamos con ese como dice el artículo 8.1.12 del Decreto?

Conferencista: Si.

Participante: Si en los procedimientos como selección abreviada se pueden hacer adendas hasta un día antes del cierre, pero si al momento del cierre no se presentaron proponentes y la entidad debe ampliar el plazo ¿mediante qué acto lo realiza?

Conferencista: debe ser mediante un acto de trámite, como lo indica el título del artículo 8.1.14 del decreto 734 al establecer que todas las etapas se podrán prorrogar mediante un acto de trámite.

Durante la prórroga del plazo para presentar ofertas se pueden expedir adendas dentro de las mismas condiciones del plazo inicial, es decir, no se pueden expedir adendas el mismo

día del cierre, o 3 días antes si es licitación, porque eventualmente será necesario ajustar los pliegos de condiciones para que se pueda obtener la participación y concurrencia de proponentes que no se obtuvo en la primera vuelta y así lograr una convocatoria efectiva.

En cuanto a las Bolsas de Productos, el mecanismo consiste en que la entidad acude a una bolsa mercantil, a través de un comisionista y debe contratar ese comisionista mediante un procedimiento de selección objetiva. El Decreto 2474 de 2008 decía que el procedimiento de selección objetiva de ese comisionista sería por precio, pero resulta que las bolsas de productos tienen sus propios mecanismos de selección de comisionistas para los clientes, en este caso las entidades públicas, entonces lo que se eliminó del Decreto mencionado es que este procedimiento competitivo fuera de acuerdo únicamente al precio sino que se determine de acuerdo con sus reglamentos. Es decir, sí hay un procedimiento competitivo, pero en los términos señala la misma bolsa.

Con relación a la prestación de servicios de salud no hubo cambios importantes, se conservó la misma estructura de la selección abreviada de menor cuantía con la misma posibilidad de reiniciar el procedimiento de selección prescindiendo de prepliego cuando se haya declarado desierto. La adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria no sufrió ningún cambio tampoco, así como la de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta.

Por otra parte, el Consejo de Estado señaló que todas las causales de selección abreviada debían tener convocatoria pública y publicidad y en consecuencia la excepción prevista para la contratación de bienes y servicios de que trata el literal h) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 no era legal. En razón a ello, el cambio importante que se produjo en cuanto a la modalidad de selección abreviada, a través del Decreto 734 de 2012, es que recogió ese entendimiento y señaló que la contratación del literal h) debe hacerse a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía que en último término, era el mismo procedimiento que se venía haciendo en la práctica como resultado de la publicidad que se había obligado respecto de este procedimiento.

Participante: En la contratación de los bienes y servicios sometidos a reserva, trae unos bienes y servicios que se pueden contratar por esa modalidad. Y en la parte final, en el numeral 18 dice cuando lo contrate, entre otros, la Fiscalía General de la Nación remite al artículo 3.4.1.1 del Decreto 734 de 2012 y este se refiere es al acto de justificación en la contratación directa.

Conferencista: Sí, el artículo se refiere a que incluso la Fiscalía General de la nación y otras entidades, deben justificar la contratación sometida a reserva.

En cuanto al Concurso de Méritos, éste puede adelantarse bajo dos sistemas a saber: Abierto o con precalificación. El sistema abierto es similar a una licitación y la precalificación

es una etapa previa que se agota para escoger a los mejores proponentes con los que voy a ir al concurso de méritos, que puede ser una lista corta o puede ser una lista multiusos.

Los principales cambios que introdujo el Decreto 734 de 2012, en relación con el Concurso de Méritos son los siguientes: En primer lugar, se establece la obligación de que en la precalificación se haga la verificación de todos los requisitos habilitantes, es decir, la capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia. Esta experiencia se refiere a la mínima que es probable y acreditada, es decir, la de cumple o no cumple; cosa diferente es la experiencia general y relevante a la que se refiere el Decreto en el artículo 3.3.1.1. con la cual se conforma la lista corta, que se debe hacer con fundamento en la valoración de estos criterios y no por sorteo.

En efecto, el Decreto 734 de 2012, introduce una sutil modificación al señalar que además de verificar los requisitos habilitantes, se *valorarán* los siguientes aspectos: la experiencia general y relevante, el plan de trabajo, y además se podrá valorar la capacidad intelectual, entre otra serie de hipótesis establecidas en el Decreto.

Lo anterior quiere decir que se deben verificar en la precalificación, los requisitos mínimos de experiencia (probable y acreditada), la capacidad jurídica, la financiera y organización. Lo único que no podría verificar ahí es la garantía de seriedad de la oferta porque aún no hay oferta pues se está en presencia de una manifestación de interés.

A su turno, la lista de los mejores proponentes con los cuales se va a ir al concurso, se conforma por mérito, es decir, con quienes tengan los mejores puntajes de acuerdo al orden de elegibilidad que dan a esa experiencia general y relevante, a esa capacidad intelectual, a esas hipótesis que están en el Decreto 734 de 2012.

Por lo tanto, la experiencia general y relevante así como el plan de trabajo y los demás factores establecidos en el artículo 3.3.1.1. no son de verificación de cumple o no cumple, que es lo que hacen muchas entidades equivocadamente, sino que deben otorgar puntaje para escoger a los 6 o 10 mejores interesados en participar en el concurso para conformar las listas, según se trate de propuesta técnica detallada o simplificada.

Otro cambio importante fue darle a la lista corta una vigencia igual que a la lista multiusos, es decir, de 6 meses, porque había muchas listas cortas que quedaba constituidas y nunca adelantaban del proceso de selección, o peor aún lo adelantaban un 1 año después de haber hecho la precalificación y de pronto las condiciones ya habían cambiado en el mercado.

Otro tema importante que se incorpora como novedad en el Decreto es que todos los concursos de méritos deben tener una audiencia de aclaraciones.

La selección abreviada de menor cuantía se había declarado nula por el Consejo de Estado porque no tenía traslado del informe de evaluación, por ello, se incorporaron los 3 días de traslado del informe de evaluación para garantizar el derecho de contradicción de los interesados

Adicionalmente, la conformación de las listas limitadas de oferentes se realizará a través de audiencia pública en la que se entienden notificados los interesados, aspecto que fue incluido por el Decreto Ley Antitrámites. Esta audiencia es uno de los avances más importantes en materia de eficiencias en contratación estatal porque solucionó uno de los problemas que tenía el concurso de méritos cual el de era la notificación a los proponentes toda vez que se dilataba el proceso de contratación debido a la necesidad la mayoría de las veces en expedir un edicto.

Ahora bien, los intermediarios de seguros tienen una norma especial y es que por regla general se contratan por concurso de méritos, pero resulta que en el Título IV relacionado con protección a la industria, en lo referente a los intermediarios de seguros, se establece que para determinar su cuantía, se calcula un porcentaje a título de comisión sobre el valor anual de las primas que va cobrar. Esto con la finalidad de determinar la modalidad de selección

Participante: ¿No es obligatoria la audiencia de aclaración obligatoria en el concurso de méritos?

Conferencista: Si señora, el concurso de méritos de menor y mayor cuantía, tienen audiencia de aclaración y es obligatoria para la conformación de precalificación con los términos que les acabo de comentar.

Participante: ¿Es necesario realizar una audiencia sobre las aclaraciones respecto de los riesgos previsibles?

Conferencista: El artículo 4 de la Ley 1150,¹³⁴ dispone que en todos los procesos por convocatoria pública se discuta sobre los riesgos y establece la obligación de hacer audiencia de riesgos para el caso de la licitación. Se sugiere que la obligatoriedad de la realización de una audiencia de aclaraciones en el concurso, sea aprovechada al máximo, incluso para hacer la discusión de los riesgos previsibles. Es el mejor escenario donde los proponentes pueden comenzar a discutir esa distribución que ha hecho la entidad,

¹³⁴ LEY 1150 DE 2007, Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Ver En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

creo que ahí si es un buen punto para discutir como parte del pliego de condiciones ese análisis de riesgos que hace la entidad.

Sobre contratación directa, el Decreto dispone que no se requiere pluralidad de oferentes, pues si la entidad lo que necesita es una persona en específico, debe justificar las razones para ello, dando cuenta de su idoneidad y capacidad profesional, lo cual fue avalado por el Consejo de Estado según lo dicho en la sentencia del 7 marzo de 2011, Magistrado ponente Enrique Gil Botero. Debe quedar sumamente justificado por qué requiero de los servicios de una persona en específico y no de otra.

¿Qué cambios hubo en materia de contratación directa? Como ya lo referimos las causales de contratación son las establecidas en la Ley 1150 de 2007, en primer lugar en la causal relacionada con la ausencia de pluralidad de oferentes y se eliminó la posibilidad de un único proponente de acuerdo con la ley. La expresión “de acuerdo con la ley” era interpretada por algunas personas en el sentido de que tenía que haber una ley que dijera que ese era el único proponente y evidentemente eso no era lo que quería el artículo, lo pretendido era que se tuviera una certificación del fabricante, de proveedor exclusivo, de derechos de autor, de algo que certificara que era el único habilitado para el efecto.

Ahora bien, una gran novedad se presentó en el tema de garantías porque se eliminó la obligatoriedad de exigir las en la contratación directa. Ello no quiere decir esté prohibido exigir las, sino que es una facultad solicitarlas en cada caso. Con ello se puso freno a situaciones absurdas, como por ejemplo, pedir garantía de cumplimiento a quien le estaba arrendando un inmueble a la entidad, pero como no había excepción la entidad lo tenía que hacer. Por ejemplo el contrato de prestación de servicios profesionales donde el pago es mensual contra entrega de recibo a satisfacción, ¿hasta qué punto es necesario pedir una garantía? Todo depende del caso concreto.

Otro de los grandes avances del Decreto 734 de 2012 consiste en la reglamentación de la Ley de Garantías Electorales, con la misma posición que ya conocían del Consejo de Estado, del Departamento Nacional de Planeación y de la Directiva 11 del Gobierno Nacional. En efecto, en el Capítulo IV del Título III, establece cómo se debe entender el tema de las garantías electorales. Respecto de ello hay una diferencia entre las elecciones presidenciales, las elecciones territoriales, las elecciones atípicas inclusive y los casos que son de simple administración de contrato como la cesión, prórroga o modificación del contrato inicial¹³⁵.

¹³⁵ DECRETO 734 DE 2012, Artículo 3.4.2.7.1° Prohibición de la contratación directa en el periodo electoral. De conformidad con lo establecido en la ley 996 de 2005, todas las entidades del estado no podrán hacer uso de la modalidad de selección de contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Para las demás elecciones distintas a las presidenciales, incluidas las elecciones atípicas, las entidades territoriales, adicional a las demás prohibiciones establecidas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley

Sobre la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, se diferencian los profesionales de los de apoyo a la gestión.

El apoyo a la gestión consiste en actividades que desarrollen operativos, asistenciales y para eventos logísticos. Por el contrario, los profesionales son los quienes tienen título de formación académica de nivel superior es decir, profesionales, técnicos y tecnólogos. En este sentido el concepto que seguramente ustedes conocen del Departamento Nacional de Planeación del año pasado del 10 de marzo, creo que resulta aplicable hoy en día al Decreto 734 de 2012 porque es la misma redacción donde se sugiere que el apoyo a la gestión es toda aquella actividad de carácter material realizada por no profesionales, no comerciantes para lo asistencial y operativo.

Respecto de las actividades logísticas, hacen referencia a la contratación de eventos específicos no recurrentes, todos los años celebramos un día específico, eso es un evento recurrente y en consecuencia eso no puede ser por contratación directa, sino que tiene que ser un evento que yo contrato por convocatoria pública.

Pero por ejemplo si se va a hacer el lanzamiento de un nuevo programa que implementó la administración distrital, lo puedo contratar directamente con un profesional, con un comerciante porque yo contrato un evento con aquel que sabe hacerlos. Si fuera algo operativo o asistencial lo contrataría con un no comerciante.

Sobre la Mínima Cuantía no hubo mayores cambios en el Decreto, se conservó la misma estructura. ¿Cuál es el tiempo mínimo que debe durar abierta una mínima cuantía? 3 días, 1 día para que se enteren los proponentes, otro día para el cierre. ¿Y el tercer día? El código de régimen político municipal dice que los términos se cuentan a partir del día siguiente, entonces si yo publico hoy, ¿Hoy cuenta? No, cuenta mañana. Si mañana es jueves, entonces el viernes podría cerrarlo. Pero no se dejen seducir por esa teoría de que si hoy publico a las 10, entonces mañana puedo cerrar a las 10, eso es una interpretación, lo que estima el concepto del Departamento Nacional de Planeación es muy claro en este sentido y por ende yo les transmito el deber ser.

Si se aplicaran los principios de la contratación pública, no se necesitaría del Decreto. Se ha acusado al Decreto 734 de ser extremadamente reglamentarista, pero lo que ocu-

996 de 2005, no podrán celebrar contratos o convenios interadministrativos cuando ejecuten recursos públicos, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a tales elecciones.

Las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, podrán tener lugar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan las reglas aplicables a la materia, dentro del principio de planeación, transparencia y responsabilidad.

Parágrafo. De la restricción a que se refiere el inciso primero del presente artículo se exceptúan las señaladas en el segundo inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005.

re en la práctica es que el estatuto de contratación es aplicado por algunas personas sin principios y de ahí la necesidad de regular el paso a paso del trámite contractual de manera que no solo se eviten actos de corrupción sino que se eviten malas prácticas. Si existiendo un reglamento detallado algunos operadores desarrollan los procesos contractuales por fuera del marco de la lógica y el sentido común, ¿cómo sería si no se tuviera un reglamento? ¿de dónde echaríamos mano los operadores que debemos dar la discusión en defensa de lo público? ¿cómo haríamos entrar en razón a la contraparte cuando se escuda en que ninguna norma le dice lo que debe hacer?

Curiosamente, en la Mínima Cuantía se generaron muchos focos de corrupción porque algunas entidades públicas decían que el Decreto no señalaba la obligación de hacer acta de cierre del proceso, en acto público y por eso no la hacían. De ahí que el Decreto 734 incluyera en el artículo 2.2.5 la obligación de hacer acta de cierre y recibo de ofertas en acto público de lo cual se debe levantar un Acta que debe ser publicada en el SECOP para todos los procesos de selección por convocatoria. Entonces, ¿por qué se requería de un Decreto que señalara algo que claramente se deriva de los principios y que se está aplicando hace 20 años sin ningún problema y que en la mínima cuantía, se olvidó paradójicamente, a pesar de que fue creada en el marco de la transparencia? Muchos se estaban quejando de esta situación, teniendo en cuenta que esa es la modalidad de selección más utilizada a nivel territorial, entonces lamentablemente, el Decreto tiene que regular estas situaciones que no tendría que regular si se aplicaran adecuadamente los principios de la contratación, pero la realidad de nuestro país es otra y bajo esta hay que plantear las soluciones.

Ahora, aunque el Decreto no lo dice, considero que dicha acta la tienen que firmar todos los asistentes, no creo que tenga ningún problema. Si se trata de procesos donde se presentan múltiples proponentes, se puede hacer un listado de asistencia que se anexe al acta y únicamente la suscriben los servidores públicos que asistieron al acto de cierre. Esta es una buena práctica para que quede claro que la entidad no favoreció a nadie.

Considerando que lo que no decía el Decreto 2516¹³⁶ de 2011 las entidades no lo aplicaban por ejemplo, la subsanabilidad que parte del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, muchas entidades no permitían la subsanabilidad en desarrollo de la mínima cuantía. Por esta razón, el Decreto 734 de 2012, aclaró que hay que respetar la subsanabilidad dentro de los términos razonables del proceso de Mínima Cuantía.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 no da opción de exigir RUP dentro de la Mínima Cuantía, por ello así las entidades quieran, no pueden hacerlo, se trata de una excepción tajante y rotunda.

¹³⁶ DECRETO 2516 DE 2011 (Julio 12) Por el cual se reglamenta la modalidad de selección de Mínima Cuantía. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43309>.

En el capítulo V del título III del Decreto se dispone que para la Contratación de Mínima Cuantía, la entidad debe realizar un estudio previo simplificado y señala lo mínimo que debe traer ese estudio. No debe referirse a riesgos, ni a tratados de libre comercio debido a la excepción general para los contratos inferiores a 125 mil dólares y ahí estaría cobijada la mínima cuantía, etc. En cuanto a las garantías, solamente me pronunciaré en el estudio previo si las necesito, pues de lo contrario, ya tengo la excepción en la norma que solo lo debo justificar cuando las requiera. Entonces, el estudio previo sí debe ser simplificado, de acuerdo a los términos establecidos en el Decreto 734 de 2012 que lo que buscan es que efectivamente haya planeación, pero que no se someta a la administración a un desgaste haciendo un estudio muy complejo para una contratación pequeña.

Organismos internacionales

En cuanto a los organismos internacionales, el 1º inciso del artículo 20 trata de los organismos de *cooperación, asistencia y ayuda internacional* en lo referente a los contratos que se derivan de ellos, porque esas cooperaciones no se ejecutan por sí solas, se ejecuten a través de obras, suministros y demás. Tales contrataciones podrán someterse a las reglas del organismo internacional cuando éste que debe ser de cooperación, asistencia o ayuda internacional aporte como mínimo el 50% del valor, de lo contrario deberán someter a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Por el contrario, en las hipótesis del 2º inciso del artículo 20, se establecen unas opciones diferentes donde no se exige el 50% de aporte, se trata de casos específicos, como el programa mundial de alimentos, la Organización Internacional del Trabajo OIT, la Banca Multilateral (BID y Banco Mundial). Cuando se contrata bajo estas hipótesis, no se requiere que dichos organismos aporten el 50% para que los contratos derivados, puedan someterse a las reglas de ese contrato con el organismo internacional. La cooperación se pacta a través de un tratado internacional, en un contrato de empréstito, en un convenio de cooperación o cualquiera otro documento idóneo y esa contratación se ejecuta a su vez, a través de unos contratos que se pueden someter a las normas del organismo internacional cuando se encuentre en estas hipótesis que no exigen el aporte del 50%.

El artículo 3.6.1¹³⁷ del Decreto es el que regula este tema que antes estaba en el artículo 75 del Decreto 2474 de 2008, además recoge normas dispersas del Decreto 2166 de 2004 y demás, donde se estableció el régimen que le aplicaría a los recursos de fuente inter-

¹³⁷ DECRETO 734 DE 2012, Artículo 3.6.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional

Los contratos o 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 incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública.

nacional y se señaló que también esos recursos cuando yo los esté ejecutando en esos contratos, puedo someterlos a estos organismos.

Nótese que la posibilidad de someter los contratos derivados al régimen del organismo internacional es facultativa, lo puedo someter o no, es decir, no es una obligación. También se podría pactar que si por ejemplo esta cooperación se ejecuta con recursos nacionales y esto se ejecuta con recursos del organismo internacional, yo pueda someter a mis normas nacionales los recursos nacionales y los otros a reglas del organismo internacional, y esto se debe acordar en el tratado internacional, en el contrato de empréstito, en el convenio de cooperación, etc., donde yo pacto la cooperación es donde se va a establecer el régimen contractual aplicable de acuerdo a estas reglas que señalamos en el artículo 20.

El artículo 3.6.1 tuvo una modificación importante donde se aclaró que precisamente ese porcentaje de aportes solamente se exigía en los casos del primer inciso relativo a los organismos de cooperación, asistencia y ayuda. En los otros casos, es decir, los referidos a la Banca multilateral, OIT y los otros que están en el 2º inciso, no se requiere el aporte del 50% para que se puedan someter al régimen del organismo internacional. Entonces, por regla general ¿cuál es el régimen contractual aplicable a los contratos que hagan las entidades? El Estatuto de Contratación Pública, salvo que la contratación se enarque en las hipótesis del 1º inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, donde se podrán someter los contratos derivados de dicha cooperación (independientemente de la naturaleza de la misma, v.gr., donación o empréstito) al régimen de los organismos internacionales

En el evento en que el monto del aporte de fuente nacional o internacional se modifique por las partes, o cuando la ejecución efectiva de los aportes no se realice en los términos inicialmente pactados, las entidades estatales deberán modificar los contratos o convenios, de tal manera que se dé cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior. Cuando las modificaciones en los aportes se generen como consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el Convenio o Contrato de cooperación internacional, el mismo seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.

Los recursos que se generen en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales hace referencia el inciso 1º del presente artículo no computarán para efectos de determinar los porcentajes allí dispuestos.

Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2º del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007. En los demás casos, los contratos o convenios en ejecución al momento de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007 continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos.

Los contratos con personas extranjeras de derecho público se celebrarán y ejecutarán según se acuerde entre las partes.

Parágrafo. Los convenios a que hace referencia el presente artículo deberán tener relación directa con el objeto del organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacional que se contemple en su reglamento o norma de creación.

cuando ellos aportan 50%, o cuando se encuentra dentro de las hipótesis del 2º inciso de dicho artículo 20,

Enajenación de bienes

Con relación a las modalidades de selección, el tema de enajenación de bienes es importante referirlo porque tuvo unos cambios importantes. En el Decreto se precisó terminológicamente el tema de egresos y gastos que estaba generando confusiones a la hora de hacer los avalúos, se eliminó la enajenación directa del 10% de la mínima cuantía, así que ahora se debe realizar por el procedimiento ordinario para cualquier tipo de enajenación independientemente de la cuantía.

Hubo unos ajustes al término del avalúo solicitado por CISA y en cuanto a la publicidad, que quizá es el cambio más importante, ahora se debe hacer a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, en este sistema ya existe la funcionalidad para hacer la enajenación.

Presentadora

Muchas gracias por su participación en nombre del Secretario General de la Alcaldía Mayor, José Orlando Rodríguez Guerrero y el doctor Luis Eduardo Sandoval Isdith, Director Jurídico Distrital (E), agradecemos la participación.

El Registro Único de Proponentes - RUP

Octubre 3 de 2012

Buenos días a todos los asistentes, agradeciendo a las autoridades del Distrito por la amable invitación, compartiré con ustedes algunas reflexiones acerca del Registro Único de Proponentes, el RUP 2.o. Vamos a abordar unos antecedentes generales, posteriormente el estado actual de la situación y luego las prospectivas del Decreto, hacia donde apunta la reglamentación. Sin mayores preámbulos entremos en materia.

Para poder entender cuál ha sido la finalidad del RUP hay que entender de dónde venimos, pues como lo dice Jorge Santayana, quien no conoce su historia está condenado a repetirla, y por esa razón es indispensable conocer nuestros antecedentes en la materia.

En el Decreto Ley 222 de 1983¹³⁸, el Estatuto General de Contratación Pública, era muy reglamentarista a nivel legal, por lo que cualquier cambio en el mercado no permitía hacerle un ajuste fácil a la normativa vigente, lo que significaba que evidentemente las normas legales contractuales se tuvieran que cambiar cada 10 años usualmente como ocurría con el Decreto Ley 150 de 1973, el citado Decreto Ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993.

Por esa razón, el importante avance que hacen las leyes 80 y 1150 es que defieren el detalle de la regulación al reglamento, donde un Decreto Reglamentario si puede ser dinámico y puede irse ajustando a estas realidades cambiantes del mercado. Entonces dentro de esas reglas rígidas que tenía el Decreto Ley 222 de 1983¹³⁹ se encontraba lo relacionado con un registro de proveedores. Resulta que existían tantos registros como entidades públicas, cada entidad manejaba su propio registro y era requisito habilitante para contratar, es decir, si el proponente quería licitar con esa entidad no podía acceder a la contratación de esa entidad hasta que no se inscribiera en ese registro y la inscripción en ese registro era todo un protocolo administrativo; además recordemos que el acceso a la información no era muy fácil para la época lo que dificultaba aún más el acceso a las oportunidades de negocio con la administración pública. Así las cosas al pobre proponente interesado le tocaba ir entidad por entidad para solicitar la posibilidad de entrar a participar y conocer de los procesos de contratación de la respectiva entidad.

En este registró además no se verificara la información de los proponentes tampoco, simplemente era una base de datos donde se inscribían los proponentes con una información muy elemental, con unos formularios absolutamente rígidos y protocolarios,

¹³⁸ DECRETO 222 DE 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

¹³⁹ Op. Cit.

en donde si le faltaba una formalidad, se lo rechazaban. Por esa razón, al proponente siempre se le dificultaba su participación a la hora de contratar con el Estado, ya que esa base de datos por entidad que lo habitaba para contratar solo generaba unos filtros innecesarios que algunas veces se convertían en focos de corrupción.

Ese registro tenía una vigencia de dos años, por lo que evidentemente no había una actualización permanente de la información de los proponentes en forma continua.

Adicionalmente, la norma establecía que en caso de falsedad la entidad debería proceder a cancelar la inscripción, esa era toda la sanción. Como ustedes verán pues no prestaba mayor confianza ni utilidad esos registros que resultaban numerosos para alguien que quería contratar con el Estado.

Para que ustedes se hagan una idea, en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP hay más de 3100 entidades públicas registradas, según la Procuraduría General de la Nación hay más de 7500 entidades públicas, luego imagínense, si ustedes fueran proponentes sería muy dispendioso el proceso de ir entidad por entidad a sabiendas de que no todas las entidades abren los mismos procesos de contratación y que en esa época no había facilidades de interacción con la administración. Era muy desgastante.

Posteriormente la Ley 80 de 1993¹⁴⁰, hizo unos importantes avances sobre la materia, como establecer un Registro Único de Proponentes, lo que significa que no puede haber otros. Este registro consolidó todos esos registros en un sólo registro a cargo de una entidad que fuera objetiva, que no tuviera ningún interés y que permitiera la administración de esa información sin ningún sesgo y con total transparencia, por lo que se le encomendó esa labor a las Cámaras de Comercio para quitarle esa carga a las entidades públicas.

Es importante entender el antecedente porque esto además de ser un posible foco de corrupción, también era un desgaste administrativo para las entidades públicas y en consecuencia generaba un gran entorpecimiento en la labor administrativa de la entidad, que con un único registro se quitaba de esa carga a la administración. Dicho registro bajo la vigencia de la Ley 80 en esta materia era obligatorio para unos contratos específicos como los Contratos de Obra, Consultoría, Suministro y Compra-Venta de bienes muebles, y en los demás casos no era exigible el Registro Único de Proponentes (RUP).

Como toda regla tiene su excepción, el registro no era obligatorio en unos casos previstos en la Ley 80 de 1993, que eran básicamente urgencia manifiesta, en las contrataciones directas, entre otras, y además en dicha Ley se incorporó una regla novedosa y era el reporte de la ejecución de los contratos estatales de manera semestral. En efecto, en el Registro Único de Proponentes - RUP- queda la constancia de los contratos que ejecutó el contratista respectivo de manera que toda la comunidad lo pudiera conocer.

¹⁴⁰ Op. Cit.

No obstante lo anterior y la noble finalidad de la Ley 80, esta disposición legal cometió una lamentable omisión y fue la de no establecer en cabeza de las Cámaras de Comercio la obligación de *verificar* la información reportada por los proponentes, es decir, constatar que la información del formulario coincidiera con los soportes entregados por los proponentes.

Cabe recordar que la función de las Cámaras de Comercio es reglada y en consecuencia las Cámaras no hacen lo que expresamente les disponga la regulación correspondiente, motivo por el cual, al no existir regulación sobre la materia, las Cámaras muy a pesar de las finalidades de la Ley 80 no verificaban la información aportada por los proponentes de manera que esto significó que las entidades públicas tuvieran que, a pesar de tener un Registro Único de Proponentes, verificar la información de los participantes en el proceso de selección respectivo porque evidentemente todo lo que decía este registro en su momento no resultaba confiable para las entidades públicas. Entonces, en vigencia de la Ley 80 en lo que refiere a este registro, el mismo no pasó de ser un simple requisito formal en los procesos de selección.

Otro de los aspectos a destacar de la innovación introducida por la Ley 80 fue la relacionada con exigir a las personas naturales y jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia que aportaran y acreditaran su inscripción en un registro equivalente en su país de origen. Lo anecdótico de esta situación es que no hay ningún registro equivalente en los países extranjeros, pues hay países en los que ni siquiera tienen registro de proponentes; otros que teniéndolo buscan otra finalidad y cuentan con otra función (v.gr., ser como lo era antes el RUP una base de datos de proveedores); y otros en los que sus registros no verifican la información que nosotros verificamos en Colombia, entonces ¿De qué nos sirve que nos traigan un registro de sus proveedores del Perú si allá tiene una connotación diferente a la nuestra?.

Evidentemente, bajo la lupa de esta disposición, el requisito al extranjero se volvía de imposible cumplimiento, hasta el punto que en la práctica cayó en desuso por parte de muchas entidades públicas.

Por otra parte, en el artículo 22 de la Ley 80 se creó el reporte de las licitaciones a los boletines de las Cámaras de Comercio como mecanismo de publicidad de los procesos contractuales que adelantaban las entidades. Este requisito quedó derogado con la expedición de la Ley 1150¹⁴¹, pero durante un tiempo persistió en el ordenamiento jurídico a través de uno de los párrafos del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008¹⁴² que afortunadamente el Decreto 734 derogó en la actualidad y en consecuencia hoy en día ya no es obligatorio dicho reporte de las licitaciones toda vez que se cuenta con un me-

¹⁴¹ Op. Cit.

¹⁴² DECRETO 2474 DE 2008 (Julio 7) Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

dio más eficaz de divulgación de la información de los procesos contractuales cual es el SECOP¹⁴³. Sin embargo, es importante aclarar que el reporte de los contratos si hay que continuar haciéndolo en función de lo dispuesto en la normativa vigente.

Por otra parte recordemos que en el Decreto-Ley 222 de 1983, si se reportaba información falsa la única sanción era la cancelación de la inscripción del proponente. En cambio, en la Ley 80 de 1993 se estableció que quien reportara información contraria a la realidad, tendría una inhabilidad de 10 años para contratar con todas las entidades del Estado.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007¹⁴⁴ se estableció que ese Registro Único de Proponentes debería fortalecerse, que a las entidades públicas deberían quitarle esa carga de verificar la información que los proponentes permanentemente deben reportar para acreditar sus condiciones particulares que gracias a la separación de los requisitos de la oferta y del proponente, ahora el RUP certifica éstas últimas.

Recuerdo cuando era servidor público, en desarrollo de los procesos contractuales recibía como propuestas cajas llenas de papeles para verificar a cargo de la entidad. El RUP no solamente le quita esta carga operativa de verificación documental de los aspectos habilitantes del proponente, sino que descarga de responsabilidad jurídica a los funcionarios responsables de la evaluación porque ya no es la entidad la que verifica si eso es verdad o no lo es, sino que simplemente se coteja el contenido del certificado con el requisito objetivo exigido en el pliego el cual además es plena prueba en el proceso contractual, como ya lo vamos a explicar.

Así las cosas, el RUP se encarga bajo la óptica de la Ley 1150, de verificar la información habilitante del proponente. Como ya lo mencionamos, el gran avance que hizo esta Ley en la contratación pública fue separar los requisitos del proponente de los de la oferta, señalando que los primeros no podían ser objeto de puntaje salvo en el concurso de méritos, y los requisitos de la oferta en cambio serían los que permitieran el cotejo de los ofrecimientos de manera que se pudiera establecer cuál es la mejor.

El Registro Único de Proponentes certifica los requisitos del proponente, que conforme al artículo 5º de la Ley 1150¹⁴⁵ son: la capacidad jurídica, experiencia mínima, capacidad financiera y capacidad de organización. Ésos son los cuatro requisitos que se deben exi-

¹⁴³ www.contratos.gov.co

¹⁴⁴ LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 066 y 2474 de 2008, Reglamentada por el Decreto Nacional 2473 de 2010 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normat.jsp?i=25678>

¹⁴⁵ LEY 1150 DE 2007, Artículo 5º. *De la selección objetiva*. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de

gir en todos los pliegos de condiciones. Al respecto cabe anotar que muchas entidades públicas solamente están pidiendo uno u otro factor de los cuatro, cuando en realidad son todos los que hay que requerir en la contratación pública. Evidentemente en mínima cuantía, el Decreto 734 de 2012 trae otra regulación diferente y solamente lo refiere a capacidad jurídica, y a experiencia solo en unos casos determinados, prohibiendo la exigencia de la capacidad financiera cuando la forma de pago es contra entrega. Y es más, ahí no aplica el Registro Único de Proponentes. En los demás casos entiéndase Licitación Pública, Concurso de Méritos y Selección Abreviada., deben exigirse todos los requisitos habilitantes establecidos en la Ley.

Los requisitos habilitantes que se exijan en los procesos contractuales, como lo establece el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, deben ser proporcionales y adecuados al objeto y valor de la contratación, en desarrollo de lo cual, el Decreto 734 en su artículo 6.2.2.5 lo

condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: Ver el art. 2.2.9 del Decreto Nacional 734 de 2012.

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009**

2. Modificado por el art. 88, Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2º. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2008**

explica, en la medida en que tales requisitos deben ser “*coherentes, consistentes, suficientes y objetivos, que procure la escogencia –en el marco de la libre competencia- de los proponentes que puedan ejecutar exitosamente el objeto a contratar y los fines de Estado que con él se persiguen*” exigiendo además que los mismos se justifiquen en el estudio previo (Artículo 2.1.1 la justificación de los factores de selección).

En materia de exigencias de los requisitos habilitantes, hay entidades que hacen exigencias en mi concepto desafortunadas por fuera del marco legal.

Hay exigencias por ejemplo consistentes en acreditar la experiencia en determinado objeto que cuente con algunas actividades accesorias, pero lo peor de todo es que exigen que tanto la actividad principal como las accesorias deben estar en la misma certificación y no admiten que eventualmente la experiencia en los distintos componentes se acredite en documentos separados, v.gr., experiencia en estructuración, diseños y estudios de vías, que incluyan los estudios de tráfico en la misma certificación cuando en el mercado es factible que los estudios de tráfico puedan realizarse de manera separada a los estudios y diseños generales. Pero lamentablemente hay entidades a las que no les importa que el proponente tenga la experiencia en el objeto y las actividades adicionales sino que en un solo papel se certifique la condición habilitante lo que evidentemente constituye una forma de direccionar los procesos de selección.

De la misma manera, resulta inadmisibles limitar en años la experiencia adquirida en el tiempo, salvo que exista una debida justificación en el estudio previo que sea objetiva y razonable. En efecto, se suele limitar la experiencia en función de los últimos 3 o 5 años aludiendo expedición de normas técnicas recientes. Sin embargo, es de resaltar que la experiencia adquirida con las normas anteriores es plenamente válida porque la misma no se pierde, en efecto, el contratista al ejecutar el contrato no va a disponer únicamente de su experiencia de los últimos años sino la de toda su vida profesional, solo que para el contrato a adjudicar deberá aplicar la nueva norma técnica respectiva. De hecho, como lo veremos más adelante, en el RUP la experiencia acreditada no se limita en el tiempo por esta razón, por el contrario, el proponente puede aportar los 10 mejores contratos de toda su vida.

Encuentro también como una desafortunada práctica que en algunas entidades, no se acepta como experiencia a los subcontratos, por el contrario, muchas veces es el subcontratista más que el contratista principal quien de verdad tiene el *expertis* técnico para ejecutar el contrato, luego las entidades no deberían ahuyentarlos de la contratación, por el contrario, hay que abrirles las puertas a los subcontratistas lo que permitirá evitar costos de intermediación y en consecuencia reduciendo los de transacción. Por lo tanto, el pliego debería regular la manera en que admitirá los subcontratos por lo menos los de primer orden, evitando admitir o validar 2 veces la misma experiencia en el caso de que

se presente el contratista principal y su subcontratista de primer orden bien sea compitiendo entre sí o asociados en el mismo proceso de selección.

Otra mala práctica en la materia de exigencia de requisitos habilitantes, es por ejemplo, exigir indicadores financieros desproporcionados. Los indicadores deben ser proporcionales y adecuados al objeto y al valor del contrato (Artículo 5 Ley 1150), entonces dependiendo de la forma de pago, del plazo de ejecución, del valor del contrato, del objeto del contrato y de otras variables que pueden incidir en los procesos de selección, la entidad debe establecer una serie de indicadores acordes con la respectiva contratación. No es lo mismo exigir una liquidez o un endeudamiento a un proveedor que me va a entregar los bienes y servicios y la entidad le pagará contra entrega de los mismos, a un consultor donde lo que importa es su intelecto o a un constructor donde me interesa su *expertis* y que en la ejecución del contrato no se vaya a quedar a la mitad de la obra por falta de liquidez.

Ni hablar de la clasificación cuando se exige en el pliego una que solo cumple un proponente, pudiendo aludir la entidad a la clasificación CIIU que sea más común y genérica en el mercado para la actividad que se va a ejecutar de acuerdo a la usanza en el Registro Único Tributario – RUT.

Así las cosas, el Registro Único de Proponentes certifica una información del proponente de acuerdo a su situación real, que será el insumo con el que el evaluador correspondiente cotejará los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, los cuales deben ser proporcionales y razonables al objeto y al valor de la contratación.

El objetivo y la finalidad del registro es quitarle una carga a la administración pública por lo que en el registro se deja constancia y se certifica la verificación efectuada por las Cámaras de Comercio. En vista de lo anterior, ¿tiene sentido que la entidad vuelva y haga la misma verificación? Evidentemente no, sin embargo, hay algunas entidades que por ejemplo prefieren pedir la declaración de renta o los estados financieros para poder constatar las cifras certificadas en el RUP; ahora si ustedes me preguntan a mí que es más confiable entre, por ejemplo, una declaración de renta y el Registro Único de Proponentes, yo creería que el registro, porque es la información que utilizan los proponentes para contratar con el Estado que no es de carácter privado como sí lo es la información tributaria y además de ser pública y única a presentarse en todas las entidades sometidas al estatuto contractual, es controvertible en la medida que cualquiera lo puede objetar.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es que la exigencia de los indicadores financieros deberá hacerse según el objeto de la contratación considerando si es proveedor, consultor o constructor. Conforme la redacción del Reglamento, es posible inferir que el pliego de condiciones no necesariamente debe exigir la totalidad de los indicadores señalados en el RUP, pues solo su necesidad podrá determinar la proporcionalidad y adecuación con el objeto de la contratación. En efecto, no tiene sentido exigir un indicador

de rotación de inventarios a un proveedor de servicios. En esto es imperativo señalar que la finalidad del RUP 2.0 era la de facilitar mayor información a las entidades estatales para que no tuvieran que solicitar esta información a los proponentes, de manera que si no requieren la totalidad de la información financiera, tomen del certificado aquella que requieran para establecer la solidez financiera de los proponentes. Bajo esta perspectiva, es posible por ejemplo, solicitar que los proponentes exijan el cumplimiento de 5 de 6 indicadores financieros siempre que los demás indicadores apalanquen al proponente y demuestren su capacidad financiera para ejecutar el contrato.

Hoy en día la información del proponente esta unificada, es pública, con efectos jurídicos y valor probatorio en los procesos contractuales.

Además, el nuevo RUP elimina las problemáticas que se generaban al interior de la entidad sobre la interpretación de la información aportada por el proponente y que debía ser analizada por el evaluador de turno, pues con el RUP simplemente la Cámara de Comercio fija la interpretación sobre los soportes documentales, vierte en el certificado un indicador sin lugar a interpretaciones subjetivas, y esta es la información válida que se tiene que tomar para la evaluación.

Ahora bien, como la información que se verifica en el RUP es del proponente, el Decreto señala que esa información es subsanable. En consecuencia, el Registro Único de Proponentes, independientemente de la fecha que tenga éste de impresión, va a certificar siempre la fecha en que se registró y publicó la información, a partir de la cual se cuentan los 10 días para la firmeza de la información allí consignada, razón por la cual, se dice que el Registro Único de Proponentes es subsanable. Por esta razón, es mala práctica pedir que el certificado del Registro Único de Proponentes sea expedido dentro de los 30 días anteriores al cierre, pues el RUP lo pueden aportar los proponentes con fecha posterior al cierre y no tienen ningún problema jurídico toda vez que este registro, independientemente de la fecha que tenga la impresión, siempre va a acreditar la fecha cierta donde la información se publicó y con base en ella puedo determinar si la información quedó en firme antes del cierre o no, vale decir, permite constatar la condición habilitante del proponente antes del cierre del proceso y recibo de las ofertas, motivo por el cual en mi sentir, la exigencia del RUP debe hacerse solamente requiriendo su vigencia.

Diferencia entre inscripción, renovación y actualización de la información.

Ahora la pregunta de rigor ¿es subsanable la inscripción o la renovación y qué decir de la actualización de información? Entonces vamos a explicarlo de la siguiente manera:

El Decreto 734 de 2012 exige que la inscripción este en firme al momento del cierre. Habían dos artículos en el Decreto 1464¹⁴⁶ que prohibían inclusive la impresión del certificado de los cuales solo persistió uno en el 734 cual es la prohibición de no imprimir certificados cuando no se renovó en tiempo la inscripción (cesaron efectos).

En consecuencia, la inscripción tiene que estar en firme al momento del cierre del proceso de contratación.

Esa firmeza se adquiere luego de haber transcurrido 10 días hábiles, donde ustedes pueden constatar si la inscripción quedó en firme o no en el cuerpo del certificado toda vez que en el mismo se expresa la fecha a partir de la cual computa el termino de impugnación que corresponde al mismo para adquirir la firmeza, es decir, 10 días hábiles desde su publicación.

La otra pregunta es si la renovación tiene que estar en firme al momento del cierre del proceso y la respuesta es NO; el mismo Decreto, al igual que lo decía el Decreto 1464 de 2010, dispone que al solicitar la renovación dentro del mes anterior al vencimiento de su inscripción mantiene los efectos de la información que estaba vigente y en firme; en consecuencia, cuando adquiera firmeza pasará a tener la información nueva, pero para efectos de la evaluación, si al momento del cierre el proponente tenía en firme la inscripción o había solicitado la renovación antes de su vencimiento, el mismo debe ser admitido en desarrollo del proceso contractual.

Así las cosas, la renovación no tiene que estar en firme al momento del cierre del proceso, solo solicitada antes de su vencimiento o que la inscripción estuviera en firme así caducara con posterioridad al cierre, pero he visto que en muchos pliegos de condiciones, es causal de rechazo no tener la inscripción o renovación en firme. No, la renovación NO necesita estar en firme de acuerdo con el reglamento, con el simple hecho de haberla solicitado antes de su vencimiento, ya hace que se mantengan los efectos jurídicos de la inscripción anterior.

El otro tema neurálgico es la actualización de la información, la mayoría de personas y sobre todo de proponentes piensan que se actualiza la información solo cuando se renueva, resulta que claro, la renovación es un momento para actualizar información pero no es el único momento. El Decreto establece perentoriamente la obligación a cargo de los proponentes de mantener actualizada su información, que cada vez que cambie algo de su información vaya al respectivo registro y la actualice. Ese es un deber permanente de los proponentes, lo que significa que si la renovación de la inscripción es en Diciembre o en Octubre, eso no es óbice para deber actualizar la información financiera por ejemplo que debió cambiar a más tardar el 31 de marzo, porque la información la tiene que actualizar cada vez que cambie ésta.

¹⁴⁶ DECRETO 1464 DE 2010 (Abril 29) Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39442>.

Entonces ¿qué ocurre con la información que se actualiza y no está en firme? ¿Puede ser causal de rechazo? No, porque lo que debe hacer la entidad pública es tomar la información que está en firme en el certificado, pues cuando la Cámara de Comercio registra la información nueva, les presenta en el documento expedido por aquellas a ustedes dos informaciones, la que sigue en firme y la que va lava a sustituir que está en proceso de firmeza. Ya cuando esté en firme ésta última, la otra información, la anterior, desaparece, entonces cuando está en proceso de firmeza les muestra a ustedes las dos informaciones, en este caso lo que ocurre es que si la información actualizada no está en firme el evaluador debe tomar la que está en firme. Ahora, si con la que está en firme no cumple el requisito mínimo del pliego, no se aceptará. Pero no es aceptable que por el simple hecho de no tener en firme esta información actualizada lo rechace. Se los digo por lo siguiente, resulta que por lo general los pliegos de condiciones exigen Estados Financieros con corte al año inmediatamente anterior y resulta que el proponente hizo una actualización de su información con corte a junio de este año, entonces ya tenía información en proceso de firmeza de 2012. Pero tenía en firme era 2011 y entonces la entidad lo rechazó porque no tenía la información en firme. Noten ustedes el absurdo conceptual, me están aportando información financiera más actualizada y rechazo por un formalismo previsto en el pliego de condiciones cual es el de la firmeza de la información cuando lo que debo hacer como entidad es verificar con base en la información en firme si se cumple o no la exigencia del pliego que para este ejemplo era tener estados financieros con corte al 2011 que sí tenía el proponente. Tampoco es aceptable que so pretexto de verificar la información que no está en firme la entidad se lo exija al proponente, pues en la medida en que la Cámara de Comercio debió haberlo verificado para la entidad está vedado entrar a hacer verificación alguna a ese respecto tal como lo dispone el Decreto 734 en el Título VI.

Hay otros casos más descarriados, donde teniendo en firme el corte parcial de Estados Financieros entonces lo rechazan porque la información que habían pedido era de 2011, trajo fue de 2012 y que por tal razón no son comparables. Les pregunto yo, ¿los proponentes son comparables o las ofertas?, ¿qué dice la Ley 1150? Las ofertas; claro, lo que es comparable son las ofertas, los proponentes jamás se comparan salvo en el concurso de méritos. De resto, nunca se comparan proponentes, simplemente yo le estoy verificando la información mínima de cumple o no cumple, pasa o no pasa. Luego, si tiene información financiera más actualizada ¿será que no me sirve para verificar la situación mínima financiera del proponente?

El problema está en la redacción del pliego, por eso yo quiero llamar la atención en ustedes acerca de esto, en decir, que la redacción sugiera que los estados financieros deben estar actualizados mínimo al corte del 31 diciembre del año anterior, de manera que si se les presentará uno más actualizado no lo rechacen porque esas exigencias son las que se vuelven perversas y terminan desconociendo la ley porque terminan haciendo prevale-

cer lo formal sobre lo sustancial, ¿lo sustancial es la fecha del papel o la información del papel?, lo importante es la información y no la fecha del papel.

Sobre este particular es clave tener en cuenta lo siguiente: en el certificado de existencia y representación legal uno suele pedir que el documento sea reciente para uno verificar las modificaciones estatutarias, pero hay un fallo del Consejo de Estado en este año, en donde dice que esas fallas de representación legal no son indicio de capacidad jurídica y son subsanables. Es decir se puede ratificar por un Acta de Junta de Socios con fecha posterior al cierre porque el Consejo de Estado, no consideró que fuera vicio de capacidad jurídica de la persona jurídica sino un problema de representación, por excederse en el mandato previsto para el representante legal que luego un órgano social se lo avale.

El fallo de la Dra. Ruth Stella Correa antes referido, hace entender que debemos hacer prevalecer lo sustancial de lo formal, aquí la importancia es que yo pueda contratar la mejor oferta, no al proponente más experto en licitar. Eso es lo relevante del tema, por eso la redacción del pliego tiene que ser muy fina, por ejemplo una sugerencia es exigir que los Estados financieros actualizados como mínimo a 31 diciembre 2011 o corte parcial 2012, y por ejemplo solicitar certificados del RUP, actualizados y vigentes que demuestra la información reciente del proponente, que nos ayude a precisar que el documento no sea desactualizado producto del tiempo.

Yo si estoy de acuerdo en que la fecha de expedición del documento sea reciente pero no necesariamente la fecha del papel tiene que ser anterior al cierre. Es quiero compartir una experiencia, en una ocasión una entidad privada, ni siquiera era pública, me rechazó una certificación de experiencia que yo tenía de una entidad donde yo había trabajado, que porque la certificación era muy viejita y necesitaban una certificación de este año. ¿En qué me cambia la experiencia cambiar la fecha de la certificación? En nada, yo sigo teniendo la misma experiencia con un papel viejo o con el papel de este año, entonces en lo público demos ejemplo y no hagamos esas exigencias tan inocuas que lo que hacen es descartar buenas ofertas en últimas.

¿Quiénes deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes? Todas las personas nacionales o extranjeras con sucursal en Colombia, jurídicas o naturales, públicas o privadas, es decir si una entidad pública está licitando en un proceso contractual por convocatoria pública debe ser inscrito en el Registro Único de Proponentes. Inclusive las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo que explicaremos más detenidamente,

Os proponentes extranjeros sin domicilio en Colombia, pueden ser personas naturales o jurídicas, no requieren estar inscritos en el RUP, entonces, ¿quiere decir esto que ellas tienen un beneficio sobre el proponente nacional como lo he escuchado en algunos foros? Les voy a plantear lo siguiente, cuando se les exige en el pliego de condiciones la capacidad jurídica a todos los proponentes, el extranjero también debe cumplirla; la

experiencia también deben cumplirla y la capacidad financiera así como la capacidad de organización, entonces ¿en qué se beneficia al extranjero? Lo único que cambia es en la forma de acreditar tales requisitos, pues el proponente nacional simplemente llega con el Registro Único de Proponentes. En cambio, el extranjero tiene que traer todos los papeles, certificados con sus respectivas legalizaciones, apostille, consularización, etc., todas ellas, de índole legal.

Entonces, más fácil será acreditar todos esos requisitos habilitantes a través del Registro Único de Proponentes y por el contrario No es ningún beneficio no tenerlo. El registro es para facilitarle la vida no sólo a la entidad pública sino también al proponente y que no tenga que estar discutiendo con la entidad pública para decirle que esa certificación es válida o esa certificación es aceptable o que tal indicador debe interpretarse de determinada manera, ahora simplemente es el Registro Único de Proponentes el que arroja un dato que es pena prueba para todos los actores de la contratación.

El RUP, entonces es transparente para todo el mundo, el registro facilita la vida al servidor público, al proponente, inclusive a los mismos entes de control. Entonces el extranjero lo que tiene que hacer es acreditar las mismas condiciones y requisitos como exigencias establecidas en el pliego de condiciones sólo que tiene que traer los documentos soporte, en los pliegos de condiciones ustedes deben colocar la forma en que ese proponente extranjero va a cumplir esos requisitos, como va a aprobar esa experiencia probable, esa experiencia acreditada, como va a certificar la capacidad financiera y la de organización, así como los documentos que debe aportar por no tener el Registro Único de Proponentes.

Ahora, hay otro avance con el Decreto 734 de 2012 y es que da la posibilidad a las entidades públicas de que diseñen un formato, donde el proponente extranjero haga su auto-declaración de esa información, la cual se debe acompañar obviamente de los respectivos soportes para que se le facilite la labor al servidor público a la hora de evaluar; puede usar inclusive los mismos formularios que tienen las Cámaras de Comercio para el Registro Único de Proponentes.

Excepciones

Las excepciones que tiene en la actualidad el Registro Único de Proponentes, a diferencia de lo que establecía la Ley 80 de 1993, están más encaminadas a excluir de dicha obligatoriedad a aquellos casos en los que no se necesita o no es útil. Por ejemplo, en la contratación directa, les dije de manera previa que todas las entidades públicas que liciten deben tener Registro Único de Proponentes, pero si yo voy a hacer un contrato interadministrativo ¿debo pedir el Registro Único de Proponentes? No, porque la contratación interadministrativa es causal de contratación directa y la contratación directa estaba exceptuada de la exigencia del Registro Único de Proponentes toda vez que no hay un proceso competitivo.

Otras excepciones a la exigibilidad de estar inscritos en el RUP son las establecidas en el inciso 2 del artículo 6º de la Ley 1150, que establece como excepciones a dicho registro a la “contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole”.

Respecto de la excepción relacionada con las EICE y SEM, la normativa indica que la selección del contratista relacionada con los actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las EICE y las SEM cuando éstas están sometidas al Estatuto de Contratación -porque de lo contrario sería obvio que no estarían obligadas a exigir el RUP- además de aplicarse el procedimiento previsto para la menor cuantía conforme lo dispone la normativa vigente, se encuentra exenta de la exigibilidad del RUP para los proveedores de las EICE y SEM, caso en el cual, corresponde a la respectiva EICE o SEM “cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

Algunas Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, han querido entender que esta es una excepción para que ellas no estén inscritas en el Registro Único de Proponentes y puedan licitar ante otras entidades sometidas al estatuto contractual. Esto no es verdad, la correcta interpretación de esta excepción es que aquellas no se lo exijan a sus proveedores cuando están sometidas al estatuto de contratación. Lo anterior fue aclarado de esta manera mediante concepto del Departamento Nacional de Planeación en respuesta a una consulta formulada por Jesús David Escudero Sierra Rad. 20116630256522.

Inscripción

¿Cómo se inscribe el proponente? Presenta toda la información requerida en el Decreto. Hay una novedad en el Decreto 734 de 2012 y es que ahora hay un número único de identificación del proponente, lo que busca solucionar un fenómeno que se estaba presentando relacionado con que para evitar la aplicación de la inhabilidad por concepto de los incumplimientos reiterados, lo que hacían algunos proponentes que habían recibido multas y sanciones era cancelar la inscripción en la Cámara de Comercio respecta y se trasladaban a otra Cámara de Comercio, para obtener de nuevo el RUP y no tener acumulado ese récord de incumplimientos. De esta manera, el Decreto 734 en el Título VI establece que las Cámaras de Comercio al inscribir al proponente siempre deben cargar ese número único que es el mismo número de la cédula o el NIT del proponente, y esa información siempre va a estar disponible para efectos de transparencia así el propo-

nente cancele o traslade su domicilio habida cuenta que se trata es de tener un registro único a nivel nacional.

Sobre las causales de no inscripción del proponente son alrededor de 17 que están en el Decreto que podríamos resumir en que la información no fue suficiente, en que la información no fue consistente o que la información no contiene la totalidad de los requisitos que exige el Decreto.

Inhabilidad por incumplimientos reiterados

Otra de las novedades que tiene el Decreto 734¹⁴⁷ es que reguló la inhabilidad por incumplimientos reiterados y establece la forma en que la Cámara de Comercio lo hará explícito en el certificado cuando obviamente, se configuren las hipótesis establecidas en la norma legal (artículo 90 ley 1474 de 2011) y reglamentaria (Decreto 734 de 2012). Adicionalmente, el reglamento establece que la sanción debe ser reportada a partir de la firmeza del Acto Administrativo, pues no es viable jurídicamente remitir información sancionatoria a la Cámara de Comercio si ésta no está en firme y en consecuencia es controvertible.

Calificación y k residual

Otra de las novedades que se han generado al respecto del Registro Único de Proponentes es la eliminación de la calificación. Hoy en día los nuevos registros expedidos bajo el decreto 734 no tienen los puntajes de capacidad financiera, de experiencia y otros que sí aparecen a los certificados expedidos bajo el decreto 1464 de 2010, entonces ¿cómo se tienen que hacer las exigencias de los pliegos de condiciones? La experiencia se mide por años y por salarios mínimos, entonces ya no pido puntajes como lo hacía con el Decreto 1464¹⁴⁸. Frente a la capacidad financiera lo que tengo que pedir es el indicador respectivo y así respectivamente para cada criterio. Lo anterior quiere decir que ya no tiene por qué haber ningún tipo de puntajes en los certificados expedidos bajo el decreto 734. Obviamente los que estuvieron bajo el régimen del Decreto 1464 de 2010, van a seguir teniendo esos puntajes en su certificado los cuales no podrán ser exigidos en los pliegos de condiciones.

Ahora bien, no obstante la eliminación de la calificación se mantiene la capacidad residual de contratación para obra pública.

El artículo 32 de la Ley 80¹⁴⁹ define el contrato de obra pública y lo describe taxativamente. Si yo contrato llave en mano, diseño y obra, el Decreto establece que siempre que haya

¹⁴⁷ Op. Cit.

¹⁴⁸ Op. Cit.

¹⁴⁹ LEY 80 DE 1993(octubre 28) Modificado por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375

obra pública se deberá valorar la capacidad residual para la proporción de la obra pública, entonces se debería pedir el registro de acuerdo al alcance del componente de obra.

Esa capacidad residual, se medía en los términos que regulara el pliego de condiciones, el cual, de acuerdo al Decreto 734 de 2012, el cual indicaba simplemente que se calcula tomando el capital de trabajo menos los contratos en ejecución¹⁵⁰, lo primero que les quiero preguntar es si voluntariamente ¿es posible por parte de una entidad pública exigir capacidad residual en contratos diferentes al de obra pública? No, no se puede pedir voluntariamente. Ahora bien, ¿qué pasó en la práctica? que la mayoría de entidades y proponentes simplemente cogieron la fórmula genérica sin hacer un análisis al caso particular y concreto e hicieron un cálculo bruto donde tomaban simplemente: el capital de trabajo menos todos los contratos en ejecución y entonces nadie cumplía con el indicador y desafortunadamente no se impartieron directrices para que los proponentes y las entidades tuvieran esa claridad.

En consecuencia, se expidió el Decreto 1397 de 2012, que en mi criterio aclara un poco la metodología pero no solucionó el problema porque en una fórmula matemática redactada desde el punto de vista jurídico y no matemático, tiene unas dificultades muy particulares que ya vamos a citar; les voy a explicar primero que es lo que dice el Decreto y después les cuento las debilidades que tiene en mi humilde sentir.

¿Qué pasaba antes de esta fórmula que trajo el Decreto 734? que todos los proponentes cumplían, entonces se evidenciaba que esa no era una buena fórmula toda vez que no se restringía la participación a quienes concentraban contratos de manera que copaban su capacidad de contratación en perjuicio del resto del mercado que quedaba vacante ante dicha concentración, motivo por el cual, lo que hizo el Decreto 734 fue buscar una fórmula que lograra establecer una medida que evitara la concentración de contratación en pocos proponentes. Sin embargo, los ingenieros están bastante inconformes con esa fórmula porque su indicador de capital de trabajo no les da según ellos para poder con-

de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

¹⁵⁰ La Agencia Nacional de Contratación preparó el decreto 1397 de 2012 expedido por el DNP que modificó esta fórmula en el siguiente sentido: “Artículo 1. Modificación del numeral 1 del Artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012. El numeral 1 del Artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012 quedará así:

“1. Capacidad residual para el contrato de obra. Es el resultado de restar al indicador capital de trabajo del proponente a 31 de diciembre del año anterior a la fecha de presentación de la propuesta, acreditado y registrado en el RUP, los saldos de los contratos de obra que a la fecha de presentación de la propuesta el proponente directamente, y a través de sociedades de propósito especial, consorcios o uniones temporales en los cuales el proponente participe, haya suscrito y se encuentren vigentes, y el valor de aquellos que le hayan sido adjudicados, sobre el término pendiente de ejecución de cada uno de estos contratos. El término pendiente de ejecución deberá ser expresado en meses calendario. (...)”

°Esta modificación fue demandada en el Consejo de Estado Radicado: 11001032600020120005600 Demandante: Julio Cesar Méndez, norma demandada el artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012 modificado por el Decreto 1397 de 2012”.

tratar con el Estado toda vez que la mayoría tienen aparentemente un capital muy bajo para los contratos que en la actualidad ejecutan.

Sin embargo el Decreto 1397 de 2012, tratando de aclarar el tema dijo que a ese capital de trabajo usted le debe restar los saldos de los contratos en ejecución, es decir, le vamos a descontar la parte ejecutada y a eso lo vamos a dividir sobre los meses que le restan de ejecución a ese contrato. El producto de esa división se lo va a restar al capital de trabajo y en consecuencia usted va a tener ahí por cada contrato, una resta que le va a tener que aplicar a ese capital. Entonces lo que ocurre en la práctica con esta fórmula es que aun así, parece ser según he escuchado por ahí, no sigue cumpliendo en muchos proponentes lo que sigue generando malestar en la ingeniería.

Por otra parte considero yo que la fórmula establecida en el Decreto 1397 de 2012 desconoce varias cosas: primero, el parágrafo 1º del artículo 6º de la Ley 1150¹⁵¹ establece que dentro de la fórmula del (k) residual se debe considerar los **saldos cancelados** al contratista y esta fórmula no los está considerando. Entonces por ejemplo si en el contrato que tengo en ejecución recibí un anticipo, ¿por qué me tienen que descontar el valor total de ese contrato si yo estoy ejecutándolo con un anticipo, por qué me tiene que restar capital de trabajo?

En segundo lugar, en la **forma de pago del contrato que se va a adjudicar**, para qué le voy a descontar al contratista todo el valor del presupuesto oficial a razón de capital de trabajo, cuando en realidad yo le voy a dar un anticipo, es decir, si lo voy a oxigenar económicamente ¿Para qué le pido un capital de trabajo tan alto como el presupuesto?

En tercer lugar, el **periodo de ejecución del contrato que se va a adjudicar**, si voy a adjudicar un contrato a un mes ¿para qué le descuento los 12 meses del otro contrato que tiene en ejecución cuando en realidad yo sólo necesito de capacidad disponible un mes de ejecución?

Lo cierto es que esa fórmula va a tener que ser revisada prontamente porque esa fórmula no está bien concebida. Esta redacción lo que ha generado son bastantes dificultades en la práctica, por lo tanto, tendremos que mirar cómo va evolucionando el tema de la capacidad residual. Lo único que les puedo decir a manera de sugerencia, es que a la hora de establecer el monto de la capacidad residual exigible no lo hagan siempre sobre el 100% del presupuesto necesariamente, porque hay que tener en cuenta si ustedes otorgan anticipos, si ustedes dan otras formas de pago, etc., en últimas: ¿cuál es el capital de trabajo que en realidad requieren proporcionalmente?

¹⁵¹ LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 066 y 2474 de 2008, Reglamentada por el Decreto Nacional 2473 de 2010 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>.

Requisitos Habilitantes En lo que refiere a la **capacidad jurídica**, el RUP contiene la información jurídica del proponente, y como principal novedad se tiene que ahora el certificado señala e indica el tamaño empresarial de la empresa proponente, lo que sin duda eliminará un trámite en la administración pública para acreditar por ejemplo la condición de Mipyme para una convocatoria limitada o para ser beneficiario de los criterios de desempate. Respecto a las Mipymes hay un tema que falta por reglamentar por parte del gobierno, dentro de otros varios, y es el concepto de las mismas. El Plan Nacional de Desarrollo en el artículo 43, estableció que para efectos de contratación pública la definición de Mipyme que aplicaría sería la de ventas anuales, es decir, la de facturación, pero lo sometió a la definición que hiciera el reglamento el cual hasta la fecha no se ha expedido, motivo por el cual, persiste la dificultad de que sigan ganando procesos de contratación Mipymes que en algunos casos no lo son.

Es importante que se midan a las Mipymes por los ingresos que recibe en el año y no por los activos ni por el personal para efectos de contratación pública, pues ese factor sí demuestra si una empresa es grande o pequeña, para que los estímulos planteados en materia contractual lleguen a los que sí son de ese tamaño empresarial.

Con relación a la **experiencia probable**, se tiene que ésta es una presunción de contar con experiencia que se cuenta a partir de la aprobación de terminación de materias y del pensum académico, la constitución como persona jurídica o desde el ejercicio de la actividad comercial. Entonces se presume que tiene experiencia a partir de esos 3 momentos. La novedad en el Decreto 734¹⁵² es que ahora la experiencia probable se contabiliza a partir de la aprobación y terminación del pensum académico, entonces yo cuento a partir de ese momento.

Una problemática que se presenta en este punto es la contabilización de la experiencia en materia de construcción, pues de conformidad con la ley 842 de 2003 ésta se contabiliza a partir de la expedición de la matrícula profesional y el Decreto Ley 19 de 2012, norma posteriormente expedida, establece que la experiencia se contabilizará a partir de la terminación del pensum académico. Lo cierto es que el Decreto 734 de 2012 para todas las actividades incluida la de construcción, computa la experiencia a partir de la terminación del pensum académico, motivo por el cual, hasta tanto no se pronuncie el Consejo de Estado sobre este particular o la norma no cambie, en contratación estatal la interpretación adoptada por el Gobierno Nacional es que la experiencia para los ingenieros también computa a partir de dicho momento.

Otra novedad importante especialmente para los consultores, es la posibilidad de sumar experiencia probable a través de la acreditación de la publicación de libros especializados, obtención de distinciones o reconocimientos, estudios etc., que le va a sumar más años de experiencia probable al proponente.

¹⁵² Op. Cit.

Ahora, el Registro Único de Proponentes incorpora por primera vez la **experiencia acreditada**, es lo que algunas entidades llaman experiencia específica pero en realidad es la experiencia real del proponente. La experiencia acreditada, es decir, la que en realidad tiene el proponente no se limita a la presunción de una experiencia probable sino que mide en realidad la experiencia que ha adquirido el proponente a través de determinados contratos, la cual ahora se incorpora en el Registro Único de Proponentes donde se registran los 10 mejores contratos del proponente, fíjense que no se limitan en el tiempo, certificados por el contador.

En promedio las entidades públicas exigen 10 contratos de experiencia por lo que el Registro Único de Proponentes tomó 10 contratos también, pero los 10 mejores que quiera reportar el proponente sin limitación en el tiempo, vale decir, no se restringe a la de los últimos años sino que se deja amplio porque la experiencia adquirida en la vida nunca se pierde.

En efecto, la experiencia que yo tuve en contratación hace 10 años era bajo una normativa totalmente diferente, era Ley 80 de 1983 y unos decretos reglamentarios expedidos en los años 90. Luego se expide el Decreto 2170¹⁵³ donde me cambió el mundo y comencé a hacer procesos de contratación, mini licitaciones para una contratación directa de menor cuantía. Luego entre 2007 y el 2008, me cambiaron toda la normatividad contractual y seguía haciendo procesos de contratación pero de distintas formas conforme la nueva legislación, entonces la experiencia que yo tuve con la Ley 80 de 1993. ¿No me sirve porque me cambiaron la norma con base en la cual hacia procesos de contratación? Claro que si me sirve, haciendo esos proceso bajo normas anteriores desarrollé una serie de habilidades, de competencias, de criterios que me sirven para adelantar bajo las nuevas normas los nuevos procesos de contratación y sin embargo yo les quiero contar que hay algunas entidades donde resulta que esto no sucede, la experiencia tiene que ser adquirida los años anteriores o lo rechazan del proceso contractual.

Ejemplo: Experiencia en construcción de colegios, tiene que ser obtenida durante los tres años anteriores al cierre del proceso. Pero un proponente construyó varios colegios hermosos bien hechos y con premios de arquitectura hace ocho años, sería la mejor oferta para el Estado. Sin embargo, a la entidad del ejemplo no le sirve este proponente porque no obtuvo la experiencia dentro de los 3 años anteriores. Esto en mi concepto es absolutamente ilegal, salvo que tenga una justificación objetiva.

Infortunadamente la justificación típica que usan algunas entidades para limitar la experiencia en años, es la expedición de normas técnicas recientes que como lo evidencié en el ejemplo que les di de los abogados con los cambios de las normas técnicas que nos gobiernan en contratación, es evidente que la experiencia sí se tiene y servirá incluso

¹⁵³ DECRETO 2170 DE 2002 (30 de septiembre) derogado por el art. 83, Decreto Nacional 066 de 2008, excepto los artículos 6, 9 y 24; Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>.

para aplicar la nueva normativa en la materia y por el simple cambio de normatividad la experiencia no se pierde y es absurdo, injustificado e insostenible limitar en el pliego de condiciones la experiencia en años porque solo me sirve la experiencia en construcción de escuelas edificadas bajo la norma técnica expedida en el 2010 cuando en años anteriores hay escuelas bien construidas y lo único que de hacer el proponente es considerar en la ejecución del contrato la normativa técnica vigente que gobierne la materia.

No podemos seguir limitando la contratación y el acceso a la participación en los procesos contractuales a los mismos de siempre que muchas veces terminan subcontratando con otros, generando sobrecostos en la administración, por el contrario, debemos estimular la participación de proponentes para que producto de la competencia se genere la presentación de ofertas competitivas y favorables a los intereses públicos.

Volviendo al tema de la experiencia acreditada, esta no es nada distinto de la experiencia general mínima que se requiere para la ejecución del contrato. Ésta busca precisamente que las entidades públicas no tengan que desgastarse en averiguar sobre la veracidad de la información, sino que el Registro Único de Proponentes certifica esa información. Ahora bien, esta es una información general, si se requiere y se justifica por el objeto de la contratación, en el estudio previo, que se requiera una experiencia muy especializada pues evidentemente habrá que pedir las certificaciones adicionales al proponente porque esa información no va a estar en el Registro Único de Proponentes, pero insisto, únicamente cuando exista una razón objetiva para solicitar lo que no se encuentra en el RUP.

La posibilidad de acreditar esa experiencia a través de contador público, se da porque hay muchas entidades contratantes que ya no existen y que en consecuencia ya no le pueden certificar.

Otro requisito habilitante certificado en el RUP es la **capacidad financiera** que cambió sustancialmente. Resulta que el RUP del decreto 1464 de 2010 sólo certifica 3 indicadores (endeudamiento, liquidez y patrimonio), frente a los cuales, lo que hizo el nuevo Reglamento fue darle a la entidad pública más indicadores, para que los regulara libremente en su pliego de condiciones, bajo la gran responsabilidad de que esos indicadores sean proporcionales, razonables y adecuados al objeto y al valor del contrato. Sin embargo, en mi criterio, considero que se deben tener en cuenta para su exigibilidad en el proceso contractual respecto otras consideraciones adicionales a aquellas para fiar el valor del indicador tales como: plazo de ejecución, naturaleza del contrato, forma de pago, etc.

Considero que dada la redacción del Decreto 734, y atendiendo a la finalidad perseguida con el nuevo RUP cuál era la de dotar a la administración pública de mayor información para que de acuerdo a sus necesidades y a la proporcionalidad que le obliga el objeto de la contratación cuente con información relevante para la contratación, considero que si bien el RUP aporta una serie de indicadores por tipo de actividad, la entidad está en libertad

de exigir algunos de ellos, todos ellos o incluso exigirlos todos pero habilitar al proponente con el cumplimiento de, por ejemplo, 5 de 6 indicadores cuando los demás lo apalanquen para habilitar a los proponentes. En efecto, considero que la idea del RUP es aportar a las entidades suficientes alternativas de información de manera que la entidad utiliza la que necesita de acuerdo al objeto de la contratación, lo que NO significa que pueda dejar de exigir integralmente alguno de los requisitos habilitantes (capacidad de organización por ejemplo) pues en virtud de lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, estos requisitos habilitan a los proponentes a participar en los procesos de contratación.

De lo anterior también se desprende que si el RUP hace un esfuerzo por incluir la mayor cantidad de información posible, las entidades no deben buscar la forma de verificar los requisitos habilitantes del proponente a través de otros documentos, v.gr., exigir cupo de crédito o declaración de renta para sustentar la capacidad financiera del proponente, pues el único documento que es plena prueba para sustentar tales condiciones es el RUP.

En el decreto 734 los indicadores financieros se personalizan de acuerdo a la naturaleza de la actividad, así se entrega a las entidades información financiera relevante para que la puedan tener en cuenta en desarrollo de sus procesos contractuales. Por ejemplo, para los consultores los indicadores financieros son más flexibles porque del consultor me interesa su intelecto más que su capacidad económica, entonces allí los estados financieros son más flexibles. Por su parte, para los proveedores se exige el certificado de rotación de inventario que es propio de los proveedores y por el contrario, al constructor se le cambia el indicador de patrimonio por capital real y otros.

Entonces en realidad lo que buscan estos indicadores financieros es que sean razonables al objeto de la contratación y a la actividad que desarrolla el proponente. Sobre el particular, les quiero plantear una sugerencia que en algunas entidades públicas están haciéndolo con éxito, y es desarrollar una guía metodológica de requisitos financieros al interior de la entidad donde establezcan una serie de variables, de las cuales pueden estandarizar las exigencias financieras de los pliegos, estandarizarlas razonablemente porque no se puede contar con un molde en todos los procesos contractuales obviamente.

Teniendo en cuenta variables como el precio, la forma de pago, el tipo de contrato, se debe establecer una metodología interna que pueda ajustarse si se requiere de manera que permita ir acomodándose a la realidad del mercado.

La **capacidad de organización** que es el cuarto requisito habilitante que certifica el RUP. ¿Que compone ahora la capacidad de organización? La capacidad de organización está compuesta por la Operacional y la Técnica.

La **capacidad operacional** es el promedio aritmético de los dos mejores años, de los últimos cinco de los ingresos brutos operacionales que haya tenido el proponente, ex-

presado en salarios mínimos y obviamente tiene que ser proporcional y razonable con la contratación. La capacidad operacional no aplica para consultores. En efecto, no se exige al consultor los ingresos brutos operacionales porque de estos lo que interesa es su intelecto y no su capacidad de facturación, motivo por el cual, no se le exigen los ingresos brutos operacionales sino sólo la capacidad técnica, aspecto que deben tener en cuenta las entidades estatales a la hora de elaborar los pliegos de condiciones.

La **capacidad técnica** por el contrario, es el número de personas que tiene la empresa. Entonces en un proyecto grande la exigencia de personas vinculadas tiene que ser mayor al de un proyecto pequeño, en donde la exigencia tiene que ser equilibrada y proporcional.

Clasificación

Otra novedad importante del Registro Único Proponentes es la clasificación de los proponentes. La clasificación que existía en el Decreto 1464¹⁵⁴ era un listado confuso, ambiguo y poco ortodoxo que no interoperaba con ningún sistema de clasificación mundial y además se elaboraba a solicitud del mercado por lo que había inconsistencias en el mismo y el listado de actividades especialidades y grupos no era coherente entre sí.

Con el Decreto 734 de 2012, se buscó acercarse a los estándares internacionales introduciéndose la clasificación en el catálogo de clasificación industrial internacional uniforme - CIIU - de las Naciones Unidas, el cual está personalizado para Colombia a través del DANE y para efectos contractuales se debe tomar el del Registro Único Tributario – RUT-. El Decreto dispone expresamente que se tomar el del RUT y no el del DANE que tiene una versión más actualizada¹⁵⁵.

La clasificación que se debe exigir de acuerdo al régimen al que esté sometido el proponente y en el pliego de condiciones lo tienen que pedir así: para los proponentes que estén en el régimen del Decreto 1464 de 2010, deberán pedir la clasificación que está en este decreto; para los proponentes que ya están bajo el régimen del Decreto 734, deberán exigir la clasificación que está en este Decreto.

¹⁵⁴ Op. Cit.

¹⁵⁵ A la fecha de publicación de este libro, la DIAN ya adoptó desde Diciembre de 2012 la nueva versión del CIIU aprobada por el DANE motivo por el cual, los proponentes deben comenzar a clasificarse en la nueva codificación del CIIU en el RUT. É consecuencia y en concepto del conferencista, se generó por virtud de esta situación un nuevo régimen de transición que las entidades deben tener en cuenta en los Pliegos de Condiciones para exigir la clasificación: Clasificación de proponentes bajo el catálogo del decreto 1464 de 2010 para los proponentes que aún se encuentren en dicho régimen; Clasificación de proponentes sometidos al régimen del decreto 734 de 2012 versión CIIU 3.1 hasta tanto se cumpla el plazo otorgado por la DIAN y el término razonable para actualizar la información en el RUP; Clasificación de proponentes sometidos al régimen el Decreto 734 de 2012 versión CIIU actual.

Deberes de las entidades frente a las Cámaras de Comercio

Los deberes que tienen las entidades estatales en materia de RUP están definidos en el Decreto 734 de 2012. Dentro de dichas obligaciones es de resaltar que se eliminó la referente al reporte de licitaciones a la Cámara de Comercio, habida cuenta la derogatoria de dicho deber establecido en uno de los párrafos del artículo 8º del Decreto 2474 de 2008 en el Decreto 734.

La inscripción, en desarrollo del proceso contractual, se debe exigir vigente y en firme, no así la renovación que con la sola solicitud permite mantener los efectos jurídicos de la inscripción.

La clasificación debe exigirse de acuerdo al régimen de transición al que pertenece el proponente según se trate: Decreto 734 de 2012 o el equivalente en el Decreto 1464 de 2010.

La capacidad residual sólo se puede solicitar en el contrato de Obra pública.

La información habilitante en firme es la única que puedo tomar para la evaluación. Si la que está en firme no cumple el requisito establecido en el pliego entonces, tendrá que rechazarse al proponente respectivo.

Adicionalmente, el RUP contiene la información de inhabilidades e incompatibilidades relacionadas con el cumplimiento contractual. Es decir caducidades e incumplimiento reiterado que producen inhabilidad para contratar de 5 o 3 años según se trate.

Otro tema importante del registro, es el del reporte de información a cargo de las entidades estatales. El reporte de información que estaba en la reglamentación anterior, no cambió. Se debe seguir haciendo dentro de los 15 días del mes, reportando la información de ejecución del mes anterior. La novedad que hay que resaltar es que cuando se presentan incumplimientos, caducidades o mutas, el reporte debe remitirse también a la Secretaría de Transparencia, sin perjuicio de los demás reportes a que hubiere lugar en la Cámara de Comercio del domicilio del contratista, el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP y el SIRI de la Procuraduría.

Ahora bien, se reportan las multas, los incumplimientos así como las caducidades. Las multas son sanciones de apremio para cumplir la obligación pendiente, por el contrario, el incumplimiento es cuando ya la prestación no me sirve y en consecuencia yo tengo que sancionar al contratista para que no lo vuelva a hacer, lo que implica que el contrato esté aún en ejecución o que si terminó la misma, el incumplimiento se haya detectado con posterioridad a tal terminación. Ahora, si es un incumplimiento total yo podría prever dentro del contrato la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, que no es la cláusula de terminación unilateral de la Ley 80 de 1993 como facultad exor-

bitante, la cual se refiere a situaciones exógenas al contratista como discapacidad, muerte, liquidación obligatoria u otras, pues la terminación unilateral por incumplimiento es una sanción contractual prevista en desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes autorizado así en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, en el link de información de interés en la parte inferior están los modelos de minutas 2012 hechas por el Departamento Nacional de Planeación y que les recomiendo que lean, ahí está sugerida la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento. Esa es distinta a la exorbitante que es por unas causas legales relativas al contratista. Esta se refiere a que si usted incumple de manera grave yo le termino sin perjuicio de que también pueda usar la caducidad en los casos que aplique, pero acuérdense que la caducidad no aplica para todos los contratos.

Ahora bien, si se trata de una entidad que no aplica Estatuto de Contratación, ¿debo usar el RUP? La respuesta es NO es obligatorio, pero mi recomendación es que sí. Yo recomiendo a las entidades que no aplican Estatuto de Contratación, a usar el Registro Único de Proponentes y esto por todo lo que les referí el día de hoy, vale decir, contiene información que le presentan a las demás entidades y en consecuencia no puede cambiarla a su gusto, tiene una información de referencia general que le puede servir a las entidades de regímenes especiales en sus procesos contractuales, sirve para constatar la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades por incumplimiento, etc., Entonces en realidad yo sí creo que este registro es muy útil para empresas que a pesar de que no están sujetas a la Ley 80 de 1993, la pueden utilizar para extraer de allí información relevante para evaluar sus procesos contractuales.

Régimen de transición

Sobre el régimen de transición, en concepto de Departamento Nacional de Planeación del 17 de mayo de 2012, se aclara la forma como opera el mismo conforme lo establece el Decreto 734 de 2012.

En efecto, en dicho concepto se dilucida lo que yo les acabo de referir, esto es, para los proponentes sometidos aun al Decreto 1464 de 2010, lo que verifica el Registro Único de Proponentes lo tomarán de este. Pero lo que no verifique el RUP en el certificado expedido bajo dicha normativa, la entidad se lo exigirá al proponente de manera adicional para su respectiva verificación, Por ejemplo en materia financiera, ¿cuántos indicadores se verifican en el Decreto 1464¹⁵⁶? Tres, frente a los otros indicadores establecidos en el Decreto 734 la entidad deberá pedirle los Estados Financieros de esos proponentes únicamente con el objeto de verificar la información que no está certificada en el RUP de estos, pero para los proponentes que estén bajo el régimen del

¹⁵⁶ Op. Cit.

Decreto 734 de 2012, lo que se debe hacer es exigirles el Registro Único de Proponentes y tomar la información financiera de ahí. Lo mismo para la experiencia acreditada, se debe verificar a través del RUP, pero en algunos casos lo verificaremos a través de soportes solo cuando el RUP no lo verifique por estar bajo el régimen del decreto 1464 o cuando se requiera una experiencia específica y así sucesivamente. Es importante revisar el Título 6º del Decreto 734 de 2012, con estas aproximaciones que hicimos el día de hoy podemos tener una mejor aproximación.

Participante: La Cámara de Comercio se niega a inscribir los incumplimientos y las inhabilidades, en ese punto dice el Decreto 734 que sólo se tendrán en cuenta las inhabilidades y los incumplimientos registrados en el Registro Único de Proponentes. Pero hay inhabilidades e incumplimientos que no aparecen registrados allí y son contratistas que vienen siendo reiteradamente incumplidos en otras entidades estatales.

Conferencista: ¿Pero esas entidades estatales reportaron la información? Porque lo que yo he visto es que hay algunas entidades públicas que no han reportado la información, entonces obviamente si a la Cámara no le llega no lo van a poder reportar.

Participante: Lo que sí, se sabe es que han sido incumplidos y tienen las sanciones de incumplimiento en cada una de las entidades y no aparecen inscritos en el Registro Único de Proponentes, al momento de la evaluación como se procede ya que el Decreto 734 de 2012, dice que deben ser las inhabilidades que estén efectivamente registradas en el Registro Único Proponentes.

Conferencista: En primer lugar, el certificado es plena prueba, debes tomar la información que esté en el certificado, no puedes hacer nada distinto a tomar la información que está en el certificado. Si tienes conocimiento de sanciones que haya sido impuesta dentro de la misma vigencia fiscal, que es el requisito del Artículo 90 de la Ley 1474¹⁵⁷, lo que hay que hacer es oficiar a las entidades públicas y establecer si existieron las sanciones, si fueron reportadas al Registro Único de Proponentes.

Si la entidad no lo reportó, lo que tiene que hacerse en ese caso es reportarlo al organismo de control para los efectos que considere pertinentes. Ahora, si la entidad lo reportó a la Cámara de Comercio y esta no lo ha registrado lo que tiene que hacer la entidad pública, es informárselo a la Superintendencia de Industria y Comercio que es la que vigila y sanciona a las Cámaras de Comercio y adelantar el procedimiento de impugnación previsto para estos casos.

¹⁵⁷ Remitirse a LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html.

Lo cierto es que la Cámara de Comercio que tiene el deber de registrarlo con base en la información que reporte la entidad, de hecho esa información que reportan las entidades públicas no es objeto de verificación por parte de la Cámara, luego solo debe publicarse.

Ahora bien, el Decreto lo que dice es que si, por ejemplo pasa la vigencia fiscal y el reporte se hace de manera tardía, la inhabilidad se configura desde que el Acto Administrativo quedó en firme, lo que es importante tenerlo presente.

Participante: claro, pero es que la dificultad es que al momento de evaluar al proponente tengo que tomar el Registro Único de Proponentes y este no dice nada acerca de las sanciones.

Conferencista: sí, pero ahí no hay nada que hacer, ya que allí el certificado es la prueba. ¿Ahora qué ocurre si, producto de esa gestión de la entidad, la entidad se ve obligada a publicar o la Cámara de Comercio se ve obligada a publicar y se evidencia que fueron sanciones impuestas en la misma vigencia fiscal que configuraron la inhabilidad? esto yo lo vería como una inhabilidad sobreviviente, artículo 9º de la Ley 80 de 1993 y en consecuencia procedería a terminar el contrato y lo trataría como una inhabilidad sobreviviente.

El Decreto Ley Antitrámites, redujo el término de firmeza de la inscripción, renovación y de la actualización, de 30 a 10 días hábiles contados a partir del momento que se publica esa información y cuando la entidad impugna la información, por ejemplo si la entidad tiene plena prueba de que en efecto hay sanciones en otra entidad y la Cámara no lo ha publicado, la entidad pública en el proceso evaluador puede suspender el proceso e impugnar bajo los requisitos que están en el Decreto 734¹⁵⁸ y solicitar a la Cámara de Comercio que corrija esa información del registro. La Cámara de Comercio tiene 20 días para responder esa impugnación, si no respondiera dentro de ese tiempo la entidad tiene que reiniciar el proceso y continuar con la información que reposa en el Registro Único de Proponentes. Las Cámaras de Comercio están respondiendo dentro del término, es un término que se redujo de 30 a 20 días, lo que favorece el proceso contractual y que puede ser también otro mecanismo para la inquietud planteada si yo verifico que evidentemente, si ha recibido multas y no se las han publicado, luego yo tengo que impugnar el registro, si tengo las pruebas y cumplo los requisitos que establece el Decreto.

Muchísimas gracias.

Estatuto Anticorrupción y Otros Aspectos

Octubre 24 de 2012.

Muy buenos días, a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. muchísimas gracias nuevamente por esta invitación y a todos ustedes por querer escuchar unas reflexiones acerca del estatuto anticorrupción y otros aspectos generales del Decreto 734 de 2012.

Empezaré con una reflexión. Creo que varios de ustedes ya han escuchado esta breve introducción, pero para los que no lo han escuchado me parece importante reiterarlo. ¿Cuál es el marco General del Estatuto de la contratación pública? La Ley 80 de 1993¹⁵⁹, que no ha sido derogada.

Pareciera que algunas entidades creen que la Ley 80 se derogó y entonces consideran que ya no existe el principio de transparencia, el principio de responsabilidad, entre otros. A las entidades se les vuelve costumbre revocar procesos porque olvidan o desconocen que hay un artículo en la ley que permite el saneamiento de vicios. Algunos funcionarios están olvidando los derechos y deberes de las entidades públicas consagrados en los primeros artículos de la Ley 80. Se ha olvidado la naturaleza del consorcio, de la unión temporal, cuya naturaleza permite aunar esfuerzos en pro de un mismo fin, etc.

En general la Ley 80 sigue vigente, queridos doctores y doctoras esta ley no ha sido derogada, ha sido modificada parcialmente por la Ley 1150¹⁶⁰, por el Estatuto Anticorrupción y por el Decreto Ley Antitrámites. La Ley 80 es una ley que tenemos que repasar fundamentalmente en sus principios. El Estatuto General de Contratación pública es un estatuto de principios, inclusive la Ley 1150 por eso le deja gran maniobrabilidad al reglamento, porque las personas que aplican el estatuto desconocen los principios que contiene la ley 80 por eso se hace necesario que el reglamento aterrice estos principios dentro del decreto, es decir, el reglamento establece el paso a paso de cada una de las etapas del proceso contractual.

Al respecto quiero comentarles que he visto con mucha sorpresa que todavía hay entidades públicas que siguen haciendo *licitaciones por subasta inversa* porque no han entendido que las subastas son independientemente de las cuantías, que la modalidad de selección se determina por el objeto y no necesariamente por la cuantía, ya que es un criterio residual y en consecuencia es distinta de la licitación.

¹⁵⁹ LEY 80 DE 1993 (octubre 28), Modificado por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada Por el decreto 734 de 2012 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=46940>.

¹⁶⁰ LEY 1150 DE 2007 (julio 16), Reglamentada Por el decreto 734 de 2012 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normar.jsp?i=46940>

Quiero que tengan presente el artículo 6.2.2.5¹⁶¹, este es el artículo que tenemos que tener como carta de navegación al momento de estructurar estudios previos y pliegos de condiciones.

El artículo quinto¹⁶² de la Ley 1150 se refiere a la objetividad de la selección en los procesos de contratación, conforme a este artículo el contenido de los pliegos de condiciones

161 Artículo 6.2.2.5. Requisitos Habilitantes. Las entidades estatales contratantes deberán identificar y justificar los requisitos habilitantes exigidos a los proponentes en sus estudios previos definitivos y señalarlos en los pliegos de condiciones de los procesos de selección, los cuales serán probados con la información que de dichos proponentes conste en el certificado del Registro Único de Proponentes, tal y como lo dispone el numeral 1 del artículo 5° y el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto-ley 019 de 2012.

Los requisitos habilitantes y la información del Registro Único de Proponentes establecidos en los pliegos de condiciones deben ser coherentes, consistentes, suficientes y objetivos, que procure la escogencia en el marco de la libre competencia— de los proponentes que puedan ejecutar exitosamente el objeto a contratar y los fines de Estado que con él se persiguen.

Parágrafo. Cuando el contrato incorpore en su objeto contractual obra, el cálculo de la capacidad residual será exigido por las entidades estatales como requisito indispensable.

162 LEY 1150 DE 2007, Artículo 5°. *De la selección objetiva.* Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

Ver el art. 2.2.9 del Decreto Nacional 734 de 2012

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009**

2. Modificado por el art. 88, Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente

debe ser proporcional, adecuado al objeto y al valor de la contratación. Por su parte el artículo 6.2.2.5 estipula que los requisitos que se piden en el proceso de selección deben ser coherentes, suficientes, pertinentes, necesarios y no puede tratarse de un requisito arbitrario como por ejemplo, tener una fábrica de pavimentos dentro de los 70 km a la redonda del lugar donde se están ejecutando las obras.

Los primeros artículos del decreto 734 de 2012 señalan expresamente que las respuestas a las observaciones deben ser motivadas y esto significa que deben ser justificadas, argumentadas, el decreto prohíbe las respuestas o actos de los funcionarios públicos sin la debida exposición de motivos. En caso de que las entidades no encuentren como argumentar las respuestas a las observaciones hechas al pliego de condiciones, lo que deben hacer es eliminar las disposiciones del pliego., Para hacer o confeccionar el pliego de condiciones para un proceso de selección no se requiere ser un profesional en derecho pues basta con hacer uso del sentido común, se trata simplemente de identificar la necesidad de la entidad y de ser lógicos y consecuentes con lo que voy a pedir en el pliego de condiciones para cubrir dicha necesidad. Como entidad ¿qué necesidad tengo de exigirle al proponente en un contrato de obra que tenga volquetas? Cuando ustedes contratan al maestro de obra para que les haga algún arreglo en la casa, ustedes ¿le piden que tenga un camión de trasteo?, no, ustedes le piden que simplemente sepa arreglar, a ustedes no les interesa el resto, ya será asunto de él la forma cómo cumpla con esa obligación.

En realidad ese es el sentido común, es al cual yo les quiero exhortar en esta intervención, en el sentido de ser proporcionales y razonables en los requisitos, ¿y si vemos que algo no es razonable? debemos acudir al área técnica para establecer particularidades del requisito, preguntándonos por ejemplo ese requisito de dónde sale, ¿cuál es la justificación de tal exigencia?, ejemplos como ¿Por qué tiene que ser pañete institucional?, ¿Por qué tiene que ser experiencia de los últimos años?, entre otros. Hago la siguiente reflexión, resulta que yo soy abogado hace más de 10 años, entonces antes del año 2002 se aplicaba la Ley 80 con una Reglamentación determinada, luego en el año 2002 salió el Decreto 2170¹⁶³ que cambió la forma de hacer la contratación directa de la menor cuantía y que nosotros conocemos como selección abreviada.

para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2008.**

163 DECRETO 2170 DE 2002, (30 de Septiembre), **Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999,** <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>.

Luego en el año 2006 me tocó empezar a publicar en el SECOP y simultáneamente en la página web, luego en el año 2008 toda la reglamentación que introdujo nuevas modalidades de selección, nuevas formas de contratación y luego en el 2010, 2011, y 2012 expidieron el Decreto 734 que unificó 27 decretos y la ley 1474 de 2011 estatuto anticorrupción, Decreto Ley Antitramites y se creó la Agencia de Contratación (Decreto Ley 4170 de 2011). Bajo ese criterio de que la experiencia se pierde por la expedición de una nueva norma técnica, yo sólo tengo cinco meses de experiencia, y ¿por qué?, porque la última norma reglamentaria se expidió en abril ¿a ustedes les parece que las habilidades que yo adquirí hace 10 años con otras normas para Licitación no me sirven hoy en día para adelantar una buena selección abreviada o un buen concurso de méritos? Por supuesto que me sirven porque en desarrollo de los mismos adquirí ciertas destrezas que ahora aplicaré en las nuevas modalidades, entonces si me sirven ¿por qué en el pliego de condiciones cuando pedimos experiencia discriminamos a los proponentes y decimos que solamente les sirve la escuela de hace un año y no las 10 o 20 que hizo hace 10 años?, se trata de la misma experiencia sólo que ahora y para la ejecución del contrato debe tener en cuenta las nuevas normas, por ejemplo al ingeniero le corresponde actualizarse en cuanto a temas de sismo resistencia, temas ambientales, de lo que sea. Aplicar una nueva norma no tiene ninguna ciencia por esto, no es aceptable que discriminemos esa experiencia. Por ejemplo, El RUP-Registro Único de Proponentes no solicita como experiencia acreditada los últimos 10 años, el RUP sólo pide los 10 mejores contratos.

¿Por qué tengo que pedir una experiencia tan específica para algunos objetos? Por ejemplo que la certificación incluya en el diseño un estudio de tráfico y resulta que yo hice mil diseños, mil estudios de tráfico pero no están dentro de la misma certificación y si no están todas dentro de la misma certificación pues no le sirve según algunas entidades. Lo importante yo creo, es que el proponente tenga la experiencia más allá de cómo se presente la certificación.

Una reflexión que yo les quiero hacer desde el marco general de la contratación pública, es que los funcionarios públicos al celebrar contratos deben aplicar el criterio que tendrían para la celebración de sus negocios particulares, se trata como ya lo he venido mencionando de aplicar el sentido común que debe gobernar la buena fe, la honestidad, el querer contratar bien, la carga de sagacidad que hay en la contratación pública.

En la contratación estatal si bien hay casos de corrupción, la mayoría de las veces no se trata de la mala fe, se trata de negligencia por parte de los funcionarios o desconocimiento de la norma y por razones como estas se presentan adversidades como las que me he encontrado, cosas como por ejemplo entidades que permiten subsanar temas que dan puntaje cuando la Ley fue muy clara al establecer que no se puede subsanar temas que den puntaje, no estoy hablando de las aclaraciones puesto que éstas si son válidas, me refiero a subsanar, presentar el papel que no presentó.

Es importante referir que el Decreto 734 lo que hizo fue recoger 27 decretos desde el año 1994, esto quiere decir que el mundo contractual no cambió y sigue siendo el mismo, por ejemplo antes para acreditar un bien o servicio de forma nacional se exigía el formato X, Y o Z del pliego, declarando bajo la gravedad del juramento que su bien o servicio era nacional, y resulta que el Decreto 734 de 2012 señala una forma diferente de certificar el carácter de nacional de un bien o servicio el servicio se considera nacional; ahora no hay necesidad de declaraciones juramentadas o de diligenciar el formato X, sin embargo las costumbres a veces son más fuertes que la Ley y que el sentido común desafortunadamente. El hecho que las cosas siempre se hayan hecho así no quiere decir que siempre se hayan hecho bien, a veces hay que repensar la tarea, y hacer un alto en el camino.

Hay unas normas nuevas que introdujo el Decreto 734, las cuales yo quiero resaltar, y es el tema del K residual de contratación que tanta controversia ha generado en la administración pública. El objetivo del K residual es democratizar la contratación, de tal manera que la contratación no se concentre en unas pocas manos sino que todos puedan participar de ese pastel, que las personas puedan participar de acuerdo a su capacidad disponible para celebrar un contrato. Resulta que tras muchas discusiones acerca de la fórmula que definiría el K residual finalmente se determinó que ésta sería: capital de trabajo menos contratos en ejecución en los términos que los regulara el pliego de condiciones. Luego salió el Decreto 1397¹⁶⁴, un Decreto con una redacción jurídica para una fórmula matemática que tiene como bondad que aclaró que obviamente había que descontar la parte ejecutada de los contratos en ejecución, esto era lógico. Lo que se establece es que tuvieran cuenta el plazo de ejecución, pero esto era algo que ya se podía hacer antes.

El Decreto 734 de 2012,¹⁶⁵ establece que las entidades públicas tienen que justificar sus criterios de selección, que permitan la participación de todos los proponentes debe ser en igualdad de condiciones, que el proceso sea público, que adicionalmente permita sumar la experiencia de los socios con la persona jurídica recientemente creada. Tiene una serie de normas que permite la participación de los pequeños, medianos y grandes y micro pequeños empresarios.

El Decreto 734 está pensado para que sea modificado permanentemente, y por eso en los considerandos ustedes van a ver que se dice que es una norma que permite cambio continuo y de ahí se deriva el tema de los ajustes que se introdujeron con relación a prácticas anteriores al entendimiento que sobre el particular dijo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que eso es otra cosa en las que ustedes no pueden incurrir y es decir que reproduce normas suspendidas. La conformación dinámica de la oferta había sido suspendida, pero debe tenerse en cuenta que la redacción del Decreto 734 ya ajusta el entendimiento del Consejo de Estado.

¹⁶⁴ Para Consulta: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Junio/29/dec1397292012.pdf>

¹⁶⁵ Op. Cit.

Que la mínima cuantía se había declarado nula, sí, pero el Estatuto Anticorrupción ya la creó y permite su reglamentación, que la relación costo-beneficio también estaba anulada, pero la del Estatuto Anticorrupción también creó esta figura, y en general todo lo que ustedes ven en el Decreto 734 corresponde al recopilación de conceptos y pronunciamientos del el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, por ejemplo el fallo de tutela contra el ICBF que salió en diciembre y que obligaba a que se incorporaran criterios para favorecer a las empresas que vincularan personal discapacitado. Ahora ustedes ven en el Decreto 734 el criterio de discapacitados como un último criterio de desempate al articular la Ley 361 con la Reglamentación contractual.

El sistema de numeración, que aunque ya lo había explicado en otro evento, podría reiterarlo para las personas nuevas que están el día de hoy, El sistema de numeración se estructuró de manera que permitiera ubicar temáticamente las disposiciones, Entonces la numeración está planteada de manera que el primer dígito del artículo corresponde al título, el segundo corresponde al capítulo y el tercero corresponde a la sección, tiene el sistema de numeración que utiliza el sector financiero, permitiendo las modificaciones dinámicas del decreto sin alterar su estructura y facilitando que toda la reglamentación se encuentre en un solo cuerpo normativo.

Finalmente me gusta resaltar siempre que ese Decreto fue producto de una construcción democrática, claro que no es un ejercicio perfecto, pero permitió la posibilidad de que se modifique de acuerdo a los cambios de mercado, que ese fue el problema del Decreto Ley 222 de 1983 porque como era una ley, para modificarla era supremamente complicado; ahora con el reglamento tan flexible permite que el gobierno lo vaya ajustando a esas cambiantes realidades del mercado.

El Decreto duró cuatro meses publicado en el SECOP, donde se presentaron observaciones por parte de gremios, entidades públicas, proponentes, profesores académicos, servidores públicos, etc. Fue un ejercicio que recibió tantos aportes de la comunidad que yo creo que no puede ser llamado un trabajo improvisado, se hicieron por ejemplo ajustes a la mínima cuantía con el Acta de Cierre y la subsanabilidad, el tema de Ley de garantías electorales, - se acuerdan que cada dos años teníamos que pedirle concepto a todo el mundo-, pues ya no, porque hay un artículo que lo reglamentó y que dice cómo operan las restricciones contractuales en periodo electoral cuando son elecciones presidenciales, atípicas, etc., es decir, hay una serie de avances que me parecen muy importantes, que desarrolla este novedoso Reglamento.

Con esta breve introducción, entremos en todos los temas que nos convocan hoy que son los otros asuntos que no hemos analizado de los módulos anteriores del Estatuto Anticorrupción.

Resulta que hoy en día no sé porque en algunas entidades, siguen exigiendo la presentación de pólizas cuando desde el Decreto 4828 de 2008 eso ya había cambiado. La entidad sólo fija la suficiencia, el tipo de amparo y su vigencia, pero es el proponente o el contratista según el caso, el que escoge el instrumento de garantía. Es así de sencillo, entonces el pliego debe decir “garantía de” y el proponente será el que escoja, que usualmente el proponente escoge la póliza, pero eso es problema de ellos. Pero la entidad no puede inducir a que se contrate con determinado instrumento.

El artículo séptimo de la Ley 1150¹⁶⁶ establece el régimen de garantías contractuales en dos momentos: para la oferta y para el contrato, establece como para toda regla unas excepciones, y esta ha sido una de las críticas que he escuchado en varias entidades, preguntas como ¿porque el Decreto 734 eliminó la obligatoriedad de la garantía de cumplimiento en la contratación directa? Resulta que el artículo séptimo de la Ley 1150 dice que estarán exceptuados ciertos contratos como los de empréstito, interadministrativos, contratos inferiores al 10% de la menor cuantía y ojo, los demás que señale el reglamento y el decreto dijo que la contratación directa no estaba obligada, y ya les voy a explicar por qué. Una regla general establece que en el caso de la póliza puntualmente no expira el contrato de seguro por la falta de pago de la prima, entonces les pregunto, en la política Antitrámites ¿Por qué pedimos el recibo de pago de la prima de la póliza de seriedad de la oferta? La pedimos porque sí, esta regla está desde el año 2007, pero seguimos rechazando ofertas por la falta de este recibo o de su firma por el tomador o porque viene con firma mecánica cuando esto ya ha sido aceptado como costumbre

166 LEY 1150 DE 2007, Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Reglamentado por el Decreto Nacional 4828 de 2008, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1430 de 2010. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Ver el art. 3.2.1.2.8 del Decreto Nacional 734 de 2012. 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 reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

Ver el art. 5.2.1.1 del Decreto Nacional 734 de 2012. El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

mercantil por lo menos en Bogotá la cual hace Ley de la República conforme el artículo 3º del Código de Comercio.

¿Cuáles son los amparos que garantiza el régimen de garantías? En esto el Decreto 734 en realidad innovó muy poco, fueron ajustes principalmente al tema de seguros propuestos por el estatuto de contratación pública y en general asuntos muy puntuales con relación a la excepción de la contratación directa, de resto en realidad sigue siendo el mismo régimen, se siguen amparando la seriedad del ofrecimiento, el cumplimiento del contrato, la responsabilidad extra contractual que no está cobijada por la excepción del pago, yo creo que hay que pedir el recibo de pago del contrato de seguro porque la responsabilidad extra contractual al no ser del ramo del cumplimiento no está cobijada dentro de la regla establecida en la ley y adicionalmente, permite amparar otros riesgos, pero ojo con esto porque he visto que también se entendió mal, otro riesgo significa que si por ejemplo yo tengo una mercancía que tiene que custodiar el contratista yo pueda pedirle por ejemplo una póliza- todo riesgo- para amparar esos bienes, pero no para cumplimiento, el contratista me pueda traer una letra de cambio del señor de la tienda, eso le pasó a un municipio. Es decir los instrumentos de cumplimiento son los que dice el Decreto, el cumplimiento sólo se puede amparar bajo los cinco instrumentos previstos en el Decreto. Pero para otros riesgos distintos al cumplimiento si se pueden establecer otros mecanismos de garantía evidentemente.

¿Y cuáles son estos instrumentos de garantía para cumplimiento? dijo el reglamento que en primer lugar era la póliza de seguros. Este, por ser un instrumento tan conocido, no nos vamos a concentrar en ella, simplemente la vamos a referir.

La fiducia mercantil en garantía, que no es otra cosa diferente, de la constitución de un patrimonio autónomo con el objeto de amparar el cumplimiento del contrato sobre unos tipos de bienes específicos, taxativos, previstos en el Decreto. El Decreto enlista los tipos de bienes que pueden ser sometidos a esa fiducia y establece unas condiciones para su aprobación, entonces si se les llegara a presentar este mecanismo tendrían que tener en cuenta el reglamento para hacer la aprobación de este instrumento. Ahora bien, esta fiducia en garantía no es la misma que para la administración del anticipo, ojo con esto, la fiducia en garantía es como una póliza para amparar el cumplimiento. Pero la fiducia para amparar la administración del anticipo es una regla distinta, es una fiducia distinta que inventó el Estatuto Anticorrupción, en realidad son dos figuras diferentes.

La garantía bancaria al primer requerimiento no es otra cosa que una garantía que expide una entidad financiera bajo la condición de que se cumpla el contrato o de que se haga efectiva a garantía declarando el siniestro.

La garantía bancaria puede ser de dos tipos, una carta de crédito donde expide el banco unilateralmente un documento dirigido a la entidad pública con el objeto de garantizar

el cumplimiento del contrato y adicionalmente la otra posibilidad es hacer un contrato bancario donde el contratista o el proponente con la entidad financiera establecen las condiciones en que se va a generar ese amparo en favor de la entidad pública.

Endoso en garantía de títulos valores, el Decreto señala que son tres instrumentos: El Certificado de Depósito a Término CDT, el pagaré emitido por una entidad financiera o un bono del tesoro público, son solamente estos tres instrumentos que se pueden endosar en garantía para avalar y trae como condición que el 100% del amparo equivalga como mínimo al 70% del valor del importe del título valor, es decir, lo que se debe establecer es que el valor del título valor equivalga al 70%. La diferencia del 30% corresponde a los gastos de cobranza de hacer efectivo ese título valor.

El depósito de dinero en garantía, es un instrumento a través del cual se consigna una suma de dinero que la entidad se obliga a mantener congelada hasta tanto la entidad pública le dé el aval para liberarla o la siniestre y la afecte.

Por ultimo esta la carta de crédito Stand by, que es la misma carta de crédito que les señalaba para las garantías bancarias emitidas por una entidad financiera en el exterior con un corresponsal en Colombia que avala precisamente el amparo de proponentes principalmente extranjeros, esto opera principalmente para proponentes extranjeros que en Colombia evidentemente no tendrán un aseguramiento fácil por parte del mercado Colombiano.

La única forma de hacer efectiva la garantía, cualquiera que ésta sea, es declarando el siniestro mediante un Acto Administrativo motivado.

Sobre los riesgos amparados bajo el régimen de garantías, simplemente me voy a referir a los cambios puntuales que fija el reglamento:

Respecto de los amparos de seriedad de la oferta, sólo que cambió el último que se refería a no publicar el contrato en el diario único de contratación, porque a partir del 1 junio este iba a desaparecer, el Decreto 734 lo cambió por el proponente que manifieste ser Mipyme sin serlo.

Les hablaba del pago de salarios y prestaciones sociales, resulta que hoy en día con la internacionalización de Colombia, cada vez más, contratamos consultores internacionales, profesores extranjeros, asesores externos y en consecuencia, evidentemente, las aseguradoras no pueden amparar a un contratista sobre el pago de sus obligaciones salariales sometido a un régimen distinto al Código Sustantivo del Trabajo Colombiano. Cada país maneja el tema laboral de una manera absolutamente diferente, por ejemplo en China no hay seguridad social, entonces por esa razón en el Decreto se aclara que si el proponente tiene personal vinculado bajo reglas diferentes a las del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, este amparo no será exigible y lo dice el Decreto expresamente para esos casos.

Adicionalmente establece una regla importante y es que las compañías aseguradoras no pueden obligar a los contratistas o a los proponentes a comprar productos o servicios que no están expresamente solicitados por la entidad,

Sobre la cláusula de indemnidad no hubo cambios.

En cuanto a la suficiencia y la vigencia de la garantía, se regulan de la misma forma que lo establecía el Decreto 2493 del año 2009.

Sobre la no obligatoriedad de las garantías que venían de la enajenación de bienes, subasta inversa, concurso de méritos con propuesta técnica simplificada, se agregó una adicional y es la excepción para la contratación directa. Resulta que en la contratación directa yo contrato con esa persona porque no hay lugar a abrir una convocatoria pública. El Gobierno considero que no se trata de una prohibición expresa la no obligatoriedad de la garantía, simplemente es facultativo optar por exigir una garantía en estos tipos de contratos, la entidad pública puede pedir la garantía cuando la considere necesaria y cuando no lo considere pues no la pide, por ejemplo, en el arrendamiento había un problema y es que cuando la entidad iba a arrendar un inmueble tenía que pedirle garantía de cumplimiento al arrendador porque no había la excepción, tocaba pedirla. Entonces el arrendador objetaba con razón que era a entidad la que tiene que garantizarme el pago del canon, si usted ya tiene el inmueble ¿por qué yo tengo que ir a constituir una garantía? En contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión donde yo no le pago si no me presta el servicio a satisfacción, pues ¿hasta qué punto será o no será razonable exigirle garantía a los contratistas que de por sí ya tienen una serie de retenciones y descuentos, gravámenes de todo tipo, entonces hasta qué punto será necesario exigirlos, por lo menos en los mensualizados? Por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios profesionales donde se pactó la entrega de productos, yo creo que en este caso eventualmente habrá que analizar si se requiere de una garantía para asegurar el cumplimiento y la calidad del bien.

¿En dónde se establece, si se requiere o no garantías para el contrato? En el artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012 en cuánto a los estudios previos, en este yo tengo que pronunciarme sobre las garantías exigibles.

Otra regla general es la combinación de garantías, es decir, que se pueda amparar el contrato con distintas garantías.

Hay que tener cuidado porque ha hecho tránsito una práctica en las entidades del país donde unas afianzadoras que traen una carátula idéntica a una póliza, están amparando contratos estatales, pero las afianzadoras que expiden estos documentos no son vigiladas por la Superintendencia Financiera sino por la Superintendencia de la Economía Solidaria, entonces fíjense que ahí uno empieza a darse cuenta de las diferencias, pues

el Reglamento solo autorizó amparar el cumplimiento a través de los mecanismos antes enunciados dentro de los que no incluyó las fianzas.

En materia de riesgos laborales, la ARL- o mejor conocida actualmente como Administradora de Riesgos Laborales, la Ley 1562¹⁶⁷ de este año, estableció que ahora en todos los contratos superiores a un mes o que impliquen alto riesgo debe exigirse la afiliación obligatoria del contratista a la administradora de riesgos laborales, toda vez que la ley quiso ser más incluyente y que no se refiriera solamente a los profesionales sino a todo tipo de trabajador.

En algunas entidades se piensa que esa seguridad social se verifica con la declaración juramentada y eso no es así, para la oferta y para la suscripción del contrato así como para cualquier modificación del contrato, la seguridad social se verifica, si es persona natural a través de declaración juramentada y si es persona jurídica por certificación expedida por parte del revisor fiscal o representante legal, no el contador. Pero la liquidación y los pagos, el artículo 50 de la Ley 789¹⁶⁸ se establece que se verifica de manera diferente, que lo que tiene que hacer la entidad es verificar la correcta relación entre el monto

¹⁶⁷ LEY 1562 DE 2012 (Julio 11) Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48365>

¹⁶⁸ Para consulta: LEY 789 DE 2002:

Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales.

La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

Parágrafo 1º. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que

cancelado y el monto que se ha debido pagar. Esto significa que la entidad pública tiene que mirar la planilla y tiene que hacer el cálculo y corroborar que se haya pagado lo que corresponde para la liquidación. No vale la declaración y la certificación en estos dos casos, es la verificación de los pagos, de manera que si, se verificara que el pago no se ha hecho bien hay que requerir al contratista. Adicionalmente, la Ley señala que se retendrán los pagos y se abonarán directamente al sistema. Pero evidentemente lo que uno primero tiene que hacer es exhortar al contratista para que vaya y corrija y le traiga la planilla ajustada pues administrativamente es más eficiente.

Ahora bien resulta que el artículo 23 de la Ley 1150 establece otra regla adicional, dice que para cada pago debe hacerse también este ejercicio, es decir verificar la correcta relación entre el monto cancelado y el monto que se ha debido pagar, obviamente eso se refiere al IBC (ingreso base cotización). ¿Cómo se calcula este? Hay una circular conjunta del Ministerio de Protección Social y del Ministerio de Hacienda del 2004 donde establece que se calcula el 40% del ingreso base de cotización y sobre ese monto se calcula los porcentajes de salud y pensión que de acuerdo a los últimos cambios normativos tendrán que hacer un aporte adicional al fondo de solidaridad pensional y demás los sistemas. El mínimo IBC debe ser un salario mínimo y el máximo debe ser 25 salarios mensuales legales vigentes, se debe acreditar obviamente la de contratista y la de su personal, y yo considero que es el personal directamente involucrado en la ejecución del contrato, porque entrar a revisar el personal de toda la empresa creo que eso se escaparía de la competencia de la entidad.

Ahora bien, para las personas que no permanecen, habitan, o residen en el país no están obligadas a cotizar al sistema de seguridad social. Ahora si el contratista viene a trabajar poco tiempo en Colombia, les pregunto ¿no sería conveniente por lo menos asegurar la salud? Si claro, porque si le pasa algo ¿quién saldrá a responder por él?

discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación.

Parágrafo 2°. Modificado por el art. 1, Ley 828 de 2003, Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007. Será causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las Entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar.

Se podrá enervar la causal, mediante el pago de los recursos dejados de cubrir, incrementados con los correspondientes intereses de mora dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Parágrafo 3°. Modificado por el art. 9, Ley 828 de 2003 Para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones en forma oportuna y completa con el Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales y cuando sea del caso los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar.

En lo relacionado con la acreditación de las cotizaciones al sistema de seguridad social de los pensionados, les dejo esta sentencia que ven en la presentación de la Corte Constitucional con Ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, que señaló que el aporte a pensiones de estas personas no es obligatorio cuando acrediten cumplir los requisitos de pensión. ¿Y cómo se acredita esto? he ahí el problema, con la sola radicación de la solicitud no se acredita, sino tan solo cuando se demuestra el cumplimiento de tales requisitos, es decir, con el acto administrativo que lo certifica.

En cuanto a la verificación de la seguridad social de subcontratistas del proponente, la norma no indica que se verifique la de subcontratistas sino de personal vinculado. Aquí viene un tema de la responsabilidad social, lo ideal es que se verifique que el contratista acredite el pago de seguridad social del personal subcontratista que tiene vinculado aunque la Ley no lo diga. En cada caso la entidad debe mirar si lo exige o no, pero si lo pacté en el contrato o en el pliego de condiciones lo puedo exigir a tal punto que si no lo cumple se vuelve un incumplimiento de una obligación contractual y esto es también un tema de solidaridad del Estado para con el menos favorecido, en este caso, los proveedores del contratista.

El término para hacer la liquidación bilateral o intentarla es de 4 meses salvo pacto en contrario. El manual de contratación se debe prever un término dentro del cual si el contratista no responde o no se allana a la liquidación bilateral, se le dé una segunda oportunidad y si en ésta se incumple se liquidará de forma unilateral, que puede darse dentro de los dos meses siguientes.

La supervisión e interventoría, resulta que uno de los focos que se descubrieron y que estaban generando muchísima corrupción ya no era solamente la selección del contratista sino la ejecución del contrato. En la ejecución del contrato también había mucha convivencia con la corrupción en el sentido que la entidad pública o el interventor, o el contratista, se ponían de acuerdo entre sí para generar actos de corrupción en desarrollo del contrato, pues, generaban tolerancia frente al incumplimiento, por ejemplo en puentes que no se construían.

Desafortunadamente en Colombia aún se ven estas malas prácticas. Razón por la cual el estatuto anticorrupción reaccionó muy fuerte con el tema de la supervisión e interventoría. La supervisión e interventoría se derivan de los principios de la función Administrativa, principalmente el de Moralidad, el de Transparencia en la Ley 80 de 1993, donde incluso la ejecución tiene que estar gobernada por el principio de la Transparencia y fundamentalmente por el Principio de Responsabilidad, ser responsable es asumir las consecuencias de sus propios actos, el principio de la responsabilidad es importante, les recomiendo leer el artículo cuarto de la Ley 80 de 1993¹⁶⁹ y el

¹⁶⁹ LEY 80 DE 1993. Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

10. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

20. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecunias y garantías a que hubiere lugar.

30. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

40. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

50. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscrito por Colombia.

Ver el art. 2, Decreto Nacional 679 de 1994

60. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

70. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

80. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Ver el art. 8.1.1 del Decreto Nacional 734 de 2012

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

NOTA: El numeral 8° fue reglamentado por el Decreto Nacional 679 de 1994.

90. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Ver el Fallo del Consejo de Estado. 13180 de 1997.

10. Numeral adicionado por el art. 19 de la Ley 1150 de 2007, así:

Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden dejando constancia de tal actuación.

Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público.

Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos soportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan”.

artículo quinto¹⁷⁰, ambos se refieren a derechos y deberes de las entidades. El artículo 14¹⁷¹ que habla del poder de dirección y control a cargo de la entidad pública sobre el

170 LEY 80 DE 1993. Artículo 5º.-

De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30. de esta Ley, los contratistas:

10. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

Ver el Artículo 19, Decreto Nacional 2150 de 1995.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Ver el Concepto del Consejo de Estado 1011 de 1997, Ver el Fallo del Consejo de Estado 14577 de 2003.

20. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.

30. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

40. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

50. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

171 LEY 80 DE 1993. Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

contrato estatal, el artículo 26¹⁷² que habla del principio de responsabilidad que vamos a desarrollar el día de hoy y los artículos 51 y siguientes de la Ley 80. Por el principio de responsabilidad, yo como servidor público puedo estipular en el contrato como obligación a cargo del contratista en aras de no salirme de la órbita contractual, estar al día con el pago a sus proveedores, pues así evitaría lo que hoy se presenta en el mercado, esa práctica irregular en donde el contratista no le paga a sus proveedores, llevándolos incluso a la quiebra. Se trata de una práctica aberrante, que como es mi proveedor y no

20. Pastrarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pastrar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 20. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Ver el Concepto de la Sec. General 360 de 1998, Ver el Concepto del Consejo de Estado 10540 de 2000. 172 LEY 80 DE 1993. Artículo 26.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

10. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

20. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

30. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

La expresión “Concurso” y “Términos de referencia” fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

40. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

50. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

60. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

70. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

80. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Ver el Concepto de la Sec. General 140 de 1998.

es mi empleado entonces yo lo puedo robar. Y desde el punto de vista de la contratación estatal lamentablemente yo no puedo hacer nada porque no hay una Ley ni una norma que me autorice. Pero yo, en el contrato si lo puedo establecer perfectamente, si son terceros pues no tienen ninguna relación con la administración, el problema es que si no lo regulas en el pliego y en el contrato, no tienes nada que hacer legalmente. Para darle dientes al tema tienes que meterlo en el contrato, tienes que meterlo en el pliego de condiciones, esta es la solución porque de no ser así fácilmente el contratista puede alegar que no es problema de la entidad y aduce su autonomía técnica, administrativa, contable. Para que se vuelva una obligación contractual hay que incluirlo dentro del contrato.

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, no dice nada diferente de lo que nos indicaría a nosotros el sentido común, entonces está estipulado que se exija al contratista la ejecución idónea del objeto contratado y eso significa que el contrato se ejecute como se pactó, en los tiempos previstos, en las condiciones de calidad exigidas y que bajo esas circunstancias se exija. y que pasa ¿si no se exige? El Estatuto Anticorrupción creó una sanción muy drástica para el supervisor o interventor que no exigen el cumplimiento del contrato.

Adicionalmente adelantar las gestiones para reconocer el cobro de sanciones pecuniarias, claro, si yo veo que el contratista está incumpliendo, el supervisor o interventor tiene que adelantar las gestiones necesarias para que se sancione el incumplimiento pero no lo que está ocurriendo hoy en día, que ante el primer incumplimiento se procede con carta a la entidad para que esta entidad lo sancione e inicie procedimiento sancionatorio. El supervisor o interventor primero tiene que requerirlo, apremiarlo y ya cuando ve que no va a cumplir ahí si debe adelantar el proceso sancionatorio. El supervisor puede intentar por ejemplo si hay algún desequilibrio revisar los precios o requerir al contratista para tratar de llegar a un acuerdo en el que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones, esto sería lo ideal.

Las audiencias sancionatorias se han vuelto la instancia de resolución de conflictos, cuando esta no era su finalidad, se debe acudir a audiencia sancionatoria por ultima instancia, primero debe agotarse la vía administrativa, por llamarlo de alguna manera.

La audiencia es para cuando yo tengo claras las obligaciones, es decir y que una obligación clara, expresa y exigible que no se cumplió. Si el tema es la diferencia de interpretación del contrato lo que yo tengo que hacer es acudir a un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos y llegar a un acuerdo.

El supervisor tiene el deber de adelantar las revisiones periódicas, y esto significa que la entidad pública no puede estar tranquila esperando a constatar al final del contrato si éste se ejecutó, si no que se tiene que estar permanentemente vigilante. Adicionalmente exigirán la calidad de los bienes y servicios, a modo de ejemplo, en una entidad pública compraron unas USB, y resulta que pidieron que las USB tuvieran el logo de la entidad

entonces los proponentes dijeron que eso era imposible atendiendo al bajo presupuesto que se tenía presupuestado para tal fin, le dijeron que si quería el logo, debía subirle el presupuesto. La entidad no subió el presupuesto y el único proponente que se presentó fue uno que dijo que iba a cumplir. Cuando ya iniciaron la ejecución del contrato, el supervisor con el contratista peleando para que se diera la efectiva entrega de las USB, entonces el supervisor advirtiéndole que no había entrega le dijo que así fuera sin escudo de la entidad le entregará las USB puesto que era apremiante la entrega. La calidad hacía referencia a que tuviera el logo de la entidad y no la tenía, entonces ¿por qué ese proponente no fue honesto y se presentó, sabiendo que con ese dinero no podía entregar las USB con el logo de la entidad? Para estos casos resulta menester que los supervisores informen la situación para que se apliquen las sanciones pertinentes.

El Supervisor e interventor mantendrá las condiciones técnicas, económicas y financieras del contrato. Esto es un tema de responsabilidad de las entidades públicas, si yo veo que hay una demora en el contrato, si yo veo que hay una parálisis en la obra porque la licencia no salió a tiempo y la licencia era responsabilidad de la entidad, ¿yo cómo voy a pedirle al contratista que siga ejecutando, si yo no busco mecanismos para mantenerlo equilibrado económicamente?, evidentemente, si no es imputable al contratista. La entidad está en el deber de mantener las condiciones planteadas desde el contrato.

El Estatuto Anticorrupción estableció que la entidad pública debe vigilar la ejecución del contrato a través de la supervisión y la interventoría. La supervisión cuando la haga directamente la entidad pública a través de un supervisor que es funcionario de la entidad, no puede ser un contratista, tiene que ser un funcionario público. Resulta que la Ley señala expresamente que la entidad podrá contratar personal de apoyo para la supervisión, o sea es de apoyo y no es de supervisión. No se trata únicamente de personal de apoyo a la gestión a lo que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es de un apoyo al supervisor, que bien puede ser realizado por un profesional contratado a través de prestación de servicios cuando el apoyo consista en el aspecto intelectual y de conocimiento más especializado o bien puede tratarse de un apoyo a las tareas propias de la entidad, es decir profesional, asistencial, operativo, o de apoyo a la gestión. Es necesario aclarar que, el personal contratado simplemente va a apoyar al supervisor, pero la supervisión estará siempre en cabeza del funcionario público, no se trasladará a personal de apoyo, pues de ser así estaríamos en presencia de una interventoría, por lo que se contrató personal externo.

Al contrario al interventor que sí es un contratista externo, seleccionado a través de un concurso de méritos o si la interventoría vale menos del 10% de la menor cuantía, a través de la mínima cuantía porque la Ley así lo dijo. Toda la contratación inferior al 10% de la menor cuantía, independientemente del objeto del contrato se contrata a través de mínima cuantía.

Tanto en la supervisión como en la interventoría ejercen la vigilancia y control, técnica, administrativa, contable, jurídica y financiera. La interventoría se contrata eminentemente para lo técnico, porque en la mayoría de las veces quien termina haciendo todo lo administrativo, lo contable y lo financiero, es la entidad. Ahora, hay casos en los que sí se le tiene que pagar al interventor por temas distintos a lo técnico, por ejemplo, en concesiones donde el modelo financiero es muy relevante, entonces allí será importante hacer la vigilancia financiera, administrativa y demás, pero en general solamente se contrata interventoría para que vigilen el aspecto técnico que es en lo que realmente necesita apoyo la entidad, pues sus funcionarios no siempre son suficientes o están capacitados o especializados en determinados temas.

Es importante aclarar que la contratación de la interventoría sigue siendo obligatoria en todo contrato de obra producto de licitación. lo que dice la norma es que de manera adicional a la obligación contenida en el artículo 32 de la Ley 80, la entidad debe contar con interventoría en obra pública, en los demás casos la administración pública en contratos que no sean adjudicados por licitación deberá pronunciarse en el estudio previo sobre si requiere o no interventoría externa.

Entonces la interventoría en obra pública producto de licitación, sigue siendo obligatoria y en los demás casos, la entidad deberá pronunciarse en el estudio previo sobre si requiere o no de interventoría, frente a este aspecto al Decreto 734 se le escapó señalarlo dentro de los elementos del estudio previo. Entonces, ustedes tienen que incorporarlo producto de la disposición legal del Estatuto Anticorrupción, se deben pronunciar en los de mayor cuantía, puede haber subasta inversa de mayor cuantía, concurso de méritos de mayor cuantía, licitación pública siempre es mayor cuantía, todo lo que sea mayor cuantía, la entidad en los estudios previos deberá pronunciarse sobre si requiere o no interventoría externa.

Las funciones son técnicas, administrativas, contables, jurídicas, y financieras. Sobre ese particular el Estatuto Anticorrupción, señaló que sobre la misma función no puede ejercer el supervisor y el interventor simultáneamente. No puede haber al mismo tiempo un interventor o supervisor para la función técnica por qué se genera solución de responsabilidad confusión.

Sobre las responsabilidades les quiero resaltar que se agregó la fiscal, es decir se separó la civil de la fiscal para efectos de las prescripciones y las sanciones se establecieron en el Estatuto Anticorrupción para el supervisor e interventor, así:

La menos grave, la causal de mala conducta por no exigir la calidad de los bienes exigidos.

Multas y sanciones, finalmente el interventor es un contratista, quien también tiene su propio supervisor, luego si el incumple su conducta será objeto de multas y sanciones.

La solidaridad patrimonial, cuando el interventor no informa oportunamente a la entidad sobre hechos de corrupción o de incumplimiento del contratista. La solidaridad patrimonial significa que los daños que haya causado el contratista por su incumplimiento, también deben ser cubiertos con el patrimonio del interventor. si no ha informado oportunamente.

Y la más grave, es la inhabilidad por cinco años por no haber informado nunca sobre esos hechos de corrupción o incumplimiento. En la sanción de solidaridad lo que pasa es que yo sí informo, pero lo hago tarde y por esa razón respondo con mi patrimonio. Pero en ésta no informé y en consecuencia me darán una inhabilidad para contratar con el Estado.

Uno de los problemas de la interventoría era que se agotaba el objeto del contrato, muchas veces, producto de las extensiones, suspensiones del contrato principal, pero el problema del contrato de interventoría es que no se podía adicionar en más del 50%. En vista de lo anterior, la Ley Anticorrupción para garantizar que haya una permanente vigilancia y control del contrato estatal, dio la posibilidad de que haya la forma de adicionar el contrato por encima del 50% del valor inicialmente pactado por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia.

Sobre las multas e incumplimientos el Estatuto Anticorrupción no cambió nada de la Ley 1150 que en su artículo 17, mantuvo la estructura de multas e incumplimientos donde las multas son para apremiar el cumplimiento del contrato cuando la obligación aún está pendiente de ejecución.

En cambio, los incumplimientos se dan cuando ya la prestación no me sirve y no puedo tolerar que se siga presentando. El ejemplo práctico es el servicio de transporte de funcionarios, el transportista si llevó a los funcionarios pero lo hizo tarde, así que ya no puedo imponer una multa porque ya prestó el servicio, pero no puedo tolerar a futuro que se siga presentando esta situación, así que siempre que lo haya pactado en el contrato, la entidad podrá declararle incumplimientos parciales según la gravedad del mismo. A lo anterior hay que sumar los Acuerdos por Niveles de Servicio (ANS) en desarrollo de los cuales contractualmente se pactan unos descuentos automáticos por la disminución en la satisfacción reportada a la entidad. Es usualmente usado en contratos de tecnología pero es posible usarlo en otro tipo de contratos. En mi concepto, este tipo de regulación como tal no es ni multa ni incumplimiento sino una reducción del costo dada en función de la menor satisfacción entregada por el contratista, lo que implica claramente que no tendría que adelantar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sino que aplicaré el procedimiento contractual que debe ser comprobable, controvertible y verificable. En vista de lo anterior, esta regulación tampoco tendría que ser objeto de reporte a las Cámaras de Comercio ni inhabilitarían para contratar, pero en todo caso si es recomendable que en el contrato se regule un límite a partir del cual

se comience a sancionar con multas o incumplimientos para que no se abuse de la figura y se desnaturalice la finalidad de la contratación.

La figura del incumplimiento puede ser parcial o puede ser total cuando se evidencia que la prestación no será cumplida afectando la ejecución del contrato, para lo cual se podrán tomar medidas drásticas como terminación unilateral del contrato por incumplimiento si se pactó en el contrato. Esta no es la terminación unilateral exorbitante de que trata la Ley 80 que es por muerte, discapacidad permanente, liquidación obligatoria, etc., sino que es la terminación unilateral que se pacta por incumplimiento, por autonomía de la voluntad de las partes.

¿Para qué sirve la terminación unilateral por incumplimiento? En los casos en los cuales, verdaderamente haya un incumplimiento grave que no permite cumplir el contrato, la entidad podrá salir del contrato sin llegar a la caducidad cuando le sea posible, porque cuando amerite la caducidad debe imponer la caducidad para impedir que los contratistas incumplidos sigan contratando con el Estado. Entonces la terminación unilateral no es exorbitante, pues incluso en los contratos privados es posible pactarlo, v.gr., arrendamiento, mandato, servicios públicos, etc., de hecho en el SECOP están unos modelos de pliegos y de contratos, en el cual encontrarán el modelo de cláusula unilateral de terminación por incumplimiento que les recomiendo adoptar en sus entidades.

Ahora bien, las multas y los incumplimientos deben reportarse al Registro Único de Proponentes, de manera que cinco multas, dos incumplimientos o dos multas y un incumplimiento parcial o total, genera la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de tres años.

Independientemente de la caducidad, que tiene un término de cinco años, el procedimiento sancionatorio aplica para cualquier tipo de sanción que yo quiera imponerle al contratista. Antes, por el contrario, para eso es que la audiencia, no es para discutir si la cláusula está mal escrita o está bien escrita, es para cuando ya hay certeza de que hubo un incumplimiento entonces la entidad, le fije una comunicación al contratista en donde lo exhorta comparecer la audiencia cumpliendo todos los elementos que exige el artículo 86 de la Ley, pues un solo elemento que falte puede ser constitutivo de violación al Debido Proceso.

Si el garante fue una aseguradora se le debe enviar citación dirigida a la entidad aseguradora a través de una carta.

Con relación al procedimiento, se convoca a una audiencia y en esa audiencia el contratista y la aseguradora pueden intervenir por el tiempo que necesiten, ese tiempo no se puede limitar porque sería más o menos decirle que usted no puede presentar su recurso sino en cinco hojas. Ustedes no pueden limitar esa intervención.

Luego señala la ley, que con base en la intervención del contratista y de la aseguradora, la entidad tomará esa decisión, pero yo les recomiendo por una buena práctica que he vivido y es que aunque no lo diga la Ley, es totalmente viable que yo, le dé luego de la intervención del contratista y la aseguradora, el uso de la palabra al supervisor o inter-ventor para que él también aclare y ponga su posición y explique los temas. Después de eso yo le volvería a dar el uso de la palabra al contratista y a la aseguradora, ahí sí con un tiempo limitado, porque solamente es para que se pronuncie únicamente sobre lo que dijo el supervisor, para respetar el Derecho de Contradicción.

Luego, con base en lo ocurrido en la Audiencia, la entidad toma una decisión. Obvia-mente puede haber suspensiones de la audiencia, cuantas se necesiten siempre que se implique en el texto de la suspensión la fecha, hora y lugar donde se va a reiniciar. Eso se regula en la audiencia y contra esa decisión procede el recurso de reposición en el mismo acto público, el cual debe resolver la entidad ahí mismo.

Ahora, si el contratista solicita que se suspenda la audiencia para poder sustentar el re-curso, la entidad se lo podría dar sin problema si lo encuentra procedente, si la entidad también necesita tiempo para tomar la decisión, también podría suspender. Una vez esa decisión queda firme, la entidad notifica su decisión en audiencia, es decir, por estrados.

Ahora, obviamente el Acto Administrativo físico no va a estar listo el mismo día, en-tonces yo le recomiendo que den este aviso en la audiencia y que indiquen el tiempo en el cual van entregar la copia auténtica del acto escrito en firme. Todo esto se tiene que publicar en el SECOP y con este acto ya en firme, lo reporto según el artículo 31 de la Ley 80 modificado por el Decreto 19 de 2012¹⁷³, al Registro Único de Proponentes de las Cámaras de Comercio, a la Procuraduría General de la Nación, hoy en día ya no se tiene que publicar en avisos de prensa, y reportarlo a la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República conforme lo establece el Decreto 734 de 2012.

En cuanto a las comunicaciones, normalmente uno le envía a la dirección del domicilio que figura en la Cámara de Comercio, pero resulta que la Ley dice que es la dirección que figura en el contrato, motivo por el cual, la información del domicilio y la dirección de correspondencia deben constar en el contrato. Si no coinciden las direcciones de domicilio del contrato y el señalado en la Cámara de Comercio les sugiero enviarlas a las dos direcciones. La Ley señala que es la dirección que se reporta en el contrato pero si hay divergencias es mejor mandarla a la dirección del contrato y la que figura en la Cámara de Comercio respectiva.

¹⁷³ DECRETO 19 DE 2012(Enero 10) Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existen-tes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>.

Si el contratista no comparece a la audiencia, que es algo que está ocurriendo en algunas entidades, no aparece el contratista, buscando dilatar el proceso, en ese caso yo les recomiendo, que lo vuelvan a citar y si a la segunda invitación no aparece, yo lo tomaría como un indicio grave en su contra por no comparecer, y expido el acto administrativo con la información que tenga la entidad y lo notifico personalmente.

Es importante resaltar que la audiencia es para escuchar, normalmente le mandan la carta al contratista diciéndole más o menos: venga por qué le vamos a imponer la caducidad, es decir, para el contratista la entidad ya tomó la decisión que le van a caducar y ni siquiera lo han escuchado. Esa audiencia es para escuchar al contratista. Generalmente, cuando uno escucha a los contratistas se da cuenta de muchas cosas. La audiencia sancionatoria no es para fijar interpretaciones de las cláusulas, ya que para esto están establecidos los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Hay quienes han interpretado que el Estatuto Anticorrupción, es una norma que entró a regir de manera inmediata y en consecuencia, aplica a los contratos vigentes, pero esa interpretación desafortunadamente no es acertada, porque resulta que el artículo 96 de la Ley 1474¹⁷⁴ fijó un régimen de transición para los temas de contratación y señaló que no era aplicable sino para las situaciones ocurridas y consolidadas con posterioridad a esta Ley, y que no generaría nuevas inhabilidades e incompatibilidades, ni afectaría situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su expedición, conforme lo dispone la Ley 153 de 1887, según la cual, la Ley vigente al momento de la suscripción del contrato será la aplicable a la materia.

Existe otro tema en el Estatuto Anticorrupción, que es importante que tengan en cuenta y es la maduración de los proyectos. Inclusive en estudios y diseños, cuando yo los voy a contratar también necesito tener un grado fase uno del proyecto para salir a contratar esos estudios y esos diseños.

La administración de los anticipos a través de la Fiducia o patrimonio autónomo, otra modificación de la Ley Anticorrupción que en mi concepto no aportó ninguna garantía para la correcta administración del anticipo y obligó a que todos los contratos señalados en el artículo 91 de dicha Ley, cuando tengan anticipo, este debe administrarse a través de una fiducia o un patrimonio autónomo. La fiduciaria es una mandatario que simple-

¹⁷⁴ LEY 1474 DE 2011 (julio 12) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html.

Artículo 96. *Régimen de Transición.*

Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia.

mente hace lo que le diga el mandante, y además genera un sobrecosto y una dificultad administrativa. Por su parte, el Decreto 734 recoge una figura del Decreto 2170 de 2002, que resulta útil tanto para la administración como para los proponentes y es la cuenta separada no conjunta. La cuenta separada es que el contratista abre una cuenta específicamente para ese anticipo y lo administra y el supervisor e interventor pueden vigilarlo. En cambio, la cuenta conjunta es que implicaba trámite de firmas del interventor, el contratista, la entidad y eso era un trámite administrativo engorroso. Entonces lo que se hizo una cuenta separada no conjunta, o sea sólo la firma del contratista donde la puede controlar fácilmente el supervisor porque no se mezcla el patrimonio del contratista con el anticipo, figura que en mi concepto sí resulta útil, porque no genera sobre costos, ni problemas administrativos, y si permite evidenciar el manejo del anticipo, entonces este es uno de los aportes más importantes según mi criterio que trae el Decreto 734.

Sobre el plan de compras, el Decreto 734 reglamentando el artículo 74 del Estatuto Anticorrupción que habla de los planes de acción, reglamentó el plan de adquisiciones de bienes, servicios y obras. En el artículo 8.1.19¹⁷⁵ del Decreto, se establece que la Agencia Nacional de Contratación, establecerá un formato a través del cual las entidades públicas deben reportar y deben publicar en el SECOP, a más tardar el 31 enero del año siguiente, la contratación que va a desarrollar a lo largo del año, en el formato que indique la Agencia Nacional de Contratación.

Participante: Buenos días, en el tema de la liquidación de los contratos y en el punto de la verificación de las obligaciones para con los sistemas de seguridad social, ¿se podría hacer retención por parte de las entidades de esas sumas dejadas de pagar por los contratistas y ponerlas a disposición de los sistemas de seguridad?

Conferencista: El artículo 50 de la Ley 789¹⁷⁶ establece que si la entidad verifica que si lo que ha cancelado el contratista no corresponde a lo que ha debido cancelar por

175 DECRETO 734 DE 2012. **Artículo 8.1.19. Del plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública.** Las entidades publicarán en el Secop anualmente, a más tardar el 31 de enero de cada vigencia fiscal, el respectivo plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente establecerá el formulario único que las entidades deban utilizar para estos efectos, la información que deba relacionarse en el mismo y los parámetros para su actualización y ajuste.

176 LEY 789 DE 2002 (Diciembre 27) Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 975 de 2004, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 973 de 2005, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 2190 de 2009, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1160 de 2010 **Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.** Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales.

La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los

seguridad social, la entidad estará facultada para retener el pago del contratista y consignarlo directamente en los fondos correspondientes. Entonces en realidad esa figura de la retención sí está prevista en el artículo 50 de la Ley 789.

Participante: creo que el mismo artículo 50 dice que se podrán hacer esas retenciones siempre y cuando esté reglamentado un procedimiento por cuenta de la entidad.

Conferencista: Lo cierto es que ya teniendo la facultad legal, es en el manual de contrataciones donde yo debería tener todo lo relativo al procedimiento interno, pues con la autorización legal la entidad podría hacerlo válidamente si el contratista no se allana y se pone al día en los pagos.

Muchísimas gracias.

aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

Para poder ejercer el derecho de movilidad de Administradora de Riesgos Profesionales o Caja de Compensación, el empleador se debe encontrar al día con los sistemas de salud y pensiones.

Parágrafo 1°. Las autoridades de impuestos deberán disponer lo pertinente a efectos de que dentro de la declaración de renta que deba ser presentada, a partir del año 2003 se establezca un renglón que discrimine los pagos al sistema de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación.

Parágrafo 2°. Modificado por el art. 1, Ley 828 de 2003, Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007. Será causal de terminación unilateral de los contratos que celebren las Entidades públicas con personas jurídicas particulares, cuando se compruebe la evasión en el pago total o parcial de aportes por parte del contratista durante la ejecución del contrato frente a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar.

Se podrá enervar la causal, mediante el pago de los recursos dejados de cubrir, incrementados con los correspondientes intereses de mora dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Parágrafo 3°. Modificado por el art. 9, Ley 828 de 2003 Para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación, las Cámaras de Comercio deberán exigir prueba del cumplimiento de las obligaciones en forma oportuna y completa con el Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales y cuando sea del caso los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cajas de Compensación Familiar. Ver el Concepto de la Secretaría General 67 de 2003, Ver el Concepto de la Sec. General 019 de 2008.

Taller Práctico sobre el Registro Único de Proponentes

Noviembre 20 de 2012

Bienvenidos a este, nuestro último Centro de Estudios del año 2012. En esta oportunidad damos un saludo muy especial a las abogadas del Departamento de Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio que nos acompañan, las doctoras **Ximena Portilla** y **Diana Morales**.

Muy buenos días a todos y todas, muchas gracias por compartir la última jornada para conversar del registro único de proponentes y de los principales retos que se han generado después de la expedición del decreto ya en la práctica y después de la entrada en vigencia del 734¹⁷⁷ para las Cámaras de Comercio con relación a los primeros proponentes que han comenzado a inscribirse bajo el régimen del 734.

Realizaré una breve introducción acerca de las principales problemáticas que hemos observado en la práctica y cuál es su forma de entenderlo y resolverlo de acuerdo a lo establecido en el Decreto. Bajo esta perspectiva, unas generalidades, que tal vez ustedes ya me han escuchado en otras intervenciones con unas particularidades prácticas que he decidido incorporar en esta presentación, la doctora Diana y la doctora Ximena explicarán cómo se hace la lectura del certificado y cómo opera en la práctica la manipulación misma de este documento.

Luego los principales cambios que introdujo el Decreto Ley Antitrámites, que aunque en muchos pliegos de condición necesita la norma vigente, no se incorpora en el pliego, se necesita la norma pero no se incorpora la regla que se ha modificado por parte de esta norma general y finalmente, cómo está reglamentado en el Decreto 734.

Recordemos un poquito la historia para entender porque hemos llegado a este punto y haré unas reflexiones acerca de donde está el registro y para donde debe avanzar en una próxima reglamentación.

En el Decreto Ley 222 del 1983¹⁷⁸, resulta que en el Decreto Ley 222 se manejaba un registro por entidad, cada entidad manejaba su propio registro, pero era un registro que

¹⁷⁷ DECRETO 734 DE 2012 (Abril 13) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>.

¹⁷⁸ Decreto-Ley 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones

era más como una base de datos, en realidad no servía para nada por el contrario generaba desgaste administrativo, un desgaste terrible y adicionalmente el proponente que no se alcanzaba a inscribir en ese registro no podía participar en los procesos de selección de esa entidad y era en realidad un requisito de participación.

Entonces en realidad eso se había convertido en un desgaste administrativo en las entidades que eran honestas, un foco de corrupción para las que no lo eran y pues en realidad no tenían ningún propósito sino simplemente llevar un control de información de los potenciales oferentes; luego con la Ley 80 del 1993¹⁷⁹ se creó el Registro Único de Proponentes, es el gran avance que hace la ley 80 que dice que ya no va a haber registro por entidad sino que va a haber un solo registro que además no van a manejar las entidades públicas sino que lo va a manejar un tercero desinteresado, que son las cámaras de comercio, la cámara de comercio que busca enlazar al sector privado con el sector público y por eso mismo esta función se le atribuyo a estas cámaras de comercio para que buscaran precisamente acercar a los proponentes o al mercado en general a la contratación pública.

La ley 80 con nobles propósitos y a pesar de haber obtenido importantes avances se volvió simplemente un saludo a la bandera, porque resulta que en efecto a la Ley 80 se le olvido simplemente una pequeña cosita y era haberle atribuido a las cámaras de comercio la función de verificar, eso se volvió simplemente una carta, a lo que solicitaron a eso iba la carta, en el RUP simplemente constaba lo que el proponente quisiera, no servía absolutamente para nada ese registro.

¿Entonces qué pasaba? Como era información que no era fiable, que no era confiable, qué tenían que hacer las entidades públicas, ¿ustedes qué tienen que hacer? ¿Verificar contra qué? ¿Contra el certificado? Contra los soportes y entonces ustedes tenían que recibir cajas de documentos.

Recuerdo que antes uno se encontraba muchas inconsistencias por ejemplo en materia financiera de algunos proponentes porque algunos presentaban estados financieros “personalizados” por entidad.

Hoy en día eso ya no pasa con el RUP como lo vamos a ver y ese es uno de los avances que incorpora la Ley 1150¹⁸⁰. La Ley 80 de 1993 no lo exigía en todos los contratos, lo exigía solamente en algunos y adicionalmente pues incorporo por primera vez el deber

¹⁷⁹ LEY 80 DE 1993 (octubre 28) Modificado por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>.

¹⁸⁰ LEY 1150 DE 2007 (julio 16) Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 066 y 2474 de 2008, Reglamentada por el Decreto Nacional 2473 de 2010 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>.

de reporte de la ejecución de contratos, esto era muy importante porque con esta información uno podía saber que proponente había sido caducado o no principalmente servía para establecer si había alguna inhabilidad e ese respecto.

Tenía una regla, era que si era un proponente extranjero sin domicilio en Colombia le pedíamos el RUP equivalente en su país de origen y en el país de origen no hay un RUP equivalente en ningún otro país del mundo, hay países inclusive que no tienen registro de proveedores y los que lo tienen, tienen otras connotaciones, otras funciones y otros alcances muy diferentes de los que en efecto tiene nuestro Registro Único de Proponentes entonces por eso en la ley 1150 vamos a ver que a los extranjeros sin domicilio no se les pide RUP, se le verifica la información de manera directa.

Se creó el reporte de las licitaciones a los boletines de cámara y comercio, recordemos que estábamos en el 1993, cuando entro en vigencia en el 1994, donde en efecto lo que ocurría en este año era que no teníamos internet, no teníamos acceso a las fuentes de información, la única forma en que los proponentes se enteraban de las oportunidades de negocio era a través de los boletines que hacían las Cámaras de Comercio donde les llegaba una revista mensual a los proponentes con las licitaciones que se iban a abrir, por eso el requisito de reportarlo mes a mes, más los avisos en prensa que en efecto hoy por hoy con los medios de información pues ningún proponente estaba leyendo el boletín, hoy en día son los medios de información los que permiten que el proponente se actualizara.

En contratación pública se creó uno especial que es el SECOP, que es el portal oficial cuando un proponente quiere contratar con el estado ¿A dónde acude?, va al SECOP, desde su oficina y consulta los pliegos de contratación y participa, entonces por esa razón los boletines de reporte a las cámaras de comercio desaparecen inclusive por la misma sugerencia de la Cámara de Comercio de Bogotá, la Cámara de Comercio de Bogotá fue la que sugirió eso en favor de la comunidad en general porque eso era simplemente un requisito adicional desgastante no más, pero el efecto práctico no lo generaba.

Cuando había información falsa se generaba una inhabilidad para contratar con el estado por 10 años y la impugnación era un recurso que se interponía dentro de los 5 días siguientes al registro, entonces en realidad no había un tiempo razonable para que los demás proponentes se enteraran.

Entonces el Registro Único de Proponentes, en la Ley 1150 adquiere otra connotación muy importante que debería conservar la coherencia, la reglamentación en lo sucesivo y es que ahora no es la entidad pública la que verifica, hoy en día esa carga no la tienen las entidades públicas recuerden que toda la reforma legal que siempre hizo alusión a través del estatuto anticorrupción, Decreto Ley Antitrámites, Ley 1150 y a través del Decreto 734 buscan reducir la carga administrativa de las entidades para que la entidad se dedique en realidad a pensar en la contratación, a hacer una buena transacción mercantil.

La redacción de los pliegos tienen que ser fácil, sencilla, soportable, acreditable y quiero resaltar el artículo 6.2.2.5, esos requisitos deben ser proporcionables, razonables, suficientes, coherentes.

Los requisitos del proponente no dan puntajes, salvo en el concurso de resto ni en licitación, ni en mínima cuantía, ni en selección abreviada, todas sus causales ninguna distinta a consultoría puede dar puntaje. Los requisitos del proponente se encuentran en el artículo 5 de la Ley 1150¹⁸¹, la experiencia probable y acreditada, la capacidad de organización entendida como la operacional y la técnica, la jurídica y la financiera que tiene unos indicadores propios de acuerdo a la actividad. Requisitos que jamás pueden

181 Artículo 5°. Ver el Decreto Nacional 2473 de 2010 *De la selección objetiva*. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: Ver el art. 2.2.9 del Decreto Nacional 734 de 2012

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009**

2. Modificado por el art. 88, Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2008**

dar puntaje en una modalidad distinta a la de la consultoría donde se autoriza para experiencia pero no para lo financiero.

Entonces nunca puede haber puntaje por la experiencia adicional del proponente, pero la del equipo de trabajo es distinta porque puede legar a hacer parte de la oferta, habrá que analizarlo en cada caso, entonces la experiencia del proponente no puede dar puntaje jamás porque por eso el RUP lo verifica. El pliego de condiciones debe ser algo general que exija unos requisitos mínimos para que claro la entidad se sienta tranquila que está contratando con alguien que tiene la idoneidad pero no con el proponente que tiene la mayor capacidad financiera, ni la mayor cantidad de experiencia porque lo que necesita la entidad es un proponente que cumpla unas condiciones mínimas y con esas condiciones mínimas si obtiene cero puntos en la oferta yo me siento tranquilo para contratar con él, por eso son requisitos mínimos.

Entonces en la contratación pública sabemos que no existe el proponente perfecto, simplemente existe el proponente que cumple una mínima idoneidad y con esa mínima idoneidad yo me siento tranquilo para contratar, pero yo no puedo volver, por ejemplo, criterios de puntaje temas que son esenciales o mínimos para la entidad, v.gr., la garantía, uno le puede dar puntaje a la garantía adicional en algunas modalidades de selección, pero la garantía mínima no. Esto es un requisito básico, artículo 4 Ley 80¹⁸², la garantía

182 LEY 80 DE 1993., Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

10. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.
 20. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniaras y garantías a que hubiere lugar.
 30. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.
 40. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.
- Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.
50. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscrito por Colombia. Ver el art. 2, Decreto Nacional 679 de 1994
 60. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.
 70. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

80. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para

mínima presunta que viene con los bienes y servicios, esa no puede dar puntaje a un requisito mínimo, me tiene que garantizar mínimo un periodo de tiempo determinado.

La diferencia entre requisitos mínimos y requisitos de la oferta, permite entender la forma en que debo confeccionar el Pliego para no adjudicar a una oferta que no satisfaga de mejor manera las necesidades de la entidad.

Lo que hace el Registro Único de Proponentes simplemente es dar cuenta de los requisitos y la entidad pública lo que debe hacer es exigir y comparar los requisitos mínimos del pliego contra el RUP y verifica simplemente si cumple lo que se exigió. Por esta razón es indispensable tener en cuenta las realidades del mercado para por ejemplo pedir una clasificación que tengan muchos proponentes y no una que curiosamente solo acredite uno solo.

Este taller realizado por la Cámara de Comercio es importante, para entender como es un Certificado de RUP y los requisitos que serán señalados a lo largo de esta presentación.

La finalidad es que la entidad no verifique la información del proponente, para eso está la Cámara de Comercio y el Registro Único de Proponentes para que ahí ya conste una información que además es establecida en el Decreto como plena prueba que no admite prueba en contrario, que es esa y con unas bondades adicionales, que es la misma información que le pueden presentar a toda la administración pública; es una información que es controvertible como ya lo vamos a ver por parte de cualquier interesado o por la entidad pública en desarrollo en un proceso contractual, entonces en realidad es una información que merece la mayor credibilidad, puede tener incongruencias y va a ami-

ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Ver el art. 8.1.1 del Decreto Nacional 734 de 2012

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

La expresión “Concurso” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. NOTA: El numeral 8° fue reglamentado por el Decreto Nacional 679 de 1994.

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse. Ver el Fallo del Consejo de Estado 13180 de 1997.

10. Numeral adicionado por el art. 19 de la Ley 1150 de 2007, así:

Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden dejando constancia de tal actuación.

Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público.

Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos soportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan”.

norarse mucho más el riesgo para un servidor público cuando tiene que desarrollar una evaluación de esta naturaleza.

Entonces la entidad pública no verifica lo que la Cámara de Comercio si, en consecuencia lo que la Cámara de Comercio no verifica quien lo deberá establecer, la entidad pública.

Esto es clave que lo entiendan porque les va a ayudar a entender el régimen de transición, para los proponentes del 1464,¹⁸³ se verifica solamente una información muy residual en cambio para los del 734 hay una información bastante profundizada, por eso es el Registro Único de Proponentes 2.0, cuando venga el RUP 3, esperamos que sea mucho mejor, entonces lo que hace el RUP 2 es que tiene más información, entonces qué pasa con los del 1464, se debe exigir información al pliego que muy seguramente no va a estar todo en el RUP, ¿entonces que pasara con toda esa información adicional que no está en el RUP, quien la debe verificar? La entidad, muy bien entonces entendiendo este concepto básico vamos a poder entender claramente el régimen de transición y en consecuencia como son aspectos del proponente pues son subsanables.

En cuanto a la subsanabilidad y la evaluación de las ofertas hay que diferenciar la inscripción, la renovación y la actualización de información.

La inscripción en el registro realizado por primera vez o cuando he dejado vencer la renovación que para poder participar en un proceso de contratación la inscripción debe estar en firme para participar en el proceso, si la inscripción no tuvo los 10 días hábiles de que habla el Decreto Ley Antitrámites antes del cierre del proceso hay que rechazar ese proponente, en los pliegos de condición no pidan que tengan inscripción y renovación en firme, no, porque vamos a ver que la renovación tiene otro tratamiento, la inscripción debe estar en firme, solo estamos hablando de la inscripción y eso lo dice el certificado que por cierto quería hacer una acotación que hay en el Decreto que está generando un poquito de confusión.

En el Decreto 1464 cuando el proponente no tenía la inscripción en firme las cámaras de comercio no lo podían imprimir, en el Decreto 734 quedaron dos artículos distintos uno que eliminó la prohibición de imprimir y otro que la mantuvo, se mantuvo la prohibición de imprimir cuando la renovación se dejó vencer y se solicitó una nueva inscripción, la mayoría de las cámaras de comercio no se han dado cuenta de esos artículos, porque la idea era eliminar la prohibición de la impresión para mayor facilidad de los servidores públicos pero en otro artículo sí quedo viva la impresión de certificados.

¹⁸³ DECRETO 1464 DE 2010 (Abril 29) Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.

Puede presentarse un proponente con el certificado impreso pero sin firmeza de la inscripción, se evidencia esa fecha de inscripción contando días hábiles y uno verifica que esos 10 días hábiles se hayan ejecutoriado antes del cierre del proceso si no se ejecutoriaron antes del cierre del proceso no estaba no firme y por consiguiente rechazada, eso en cuanto a la inscripción.

En cuanto a la renovación no requiere estar en firme, eso es una falacia en muchos pliegos de condiciones, el Decreto lo dice claramente, el proponente que solicite la renovación dentro del mes anterior mantendrá los efectos jurídicos de su inscripción anterior y en consecuencia no cesaran los efectos, entonces la renovación no se puede exigir en firme en el pliego de condiciones, siempre que lo haya solicitado y conste en el certificado que se solicitó dentro del mes anterior a su vencimiento mantiene los efectos hasta tanto se decida sobre la renovación.

La actualización de la información dice el decreto se debe dar tan pronto cambia la información del proponente o a más tardar en la renovación, lo que hace la mayoría de proponentes es actualizar también la información, pero son fenómenos jurídicos diferentes, yo puedo actualizar y debo actualizar la información cada vez que me cambie esa información de mi registro, por ejemplo cuando cambia la información financiera de los proponentes o a más tardar ¿cuándo cambia? El último día de marzo. Entonces a más tardar ellos cuando ya debieran tener en firme los estados financieros en el RUP, finales de abril, a partir de mayo yo si recomiendo pedir estados financieros del año inmediatamente anterior pero los proponentes dicen que renuevan la información en noviembre y hasta noviembre, yo renuevo los estados financieros del año anterior y en consecuencia hoy que estamos en noviembre todavía tenemos estados financieros del 2010, no sé cómo ha cambiado la situación financiera, entonces la obligación del proponente es de actualizarla inmediatamente cambia la información, lo que pasa es que con la renovación también pueden actualizarla pero eso no quiere decir absolutamente nada.

Ahora ¿Qué pasa si yo no renuevo en tiempo, si yo no hago la solicitud en tiempo?, ahí si cesan los efectos dice el decreto y ¿qué significa que cesen los efectos? Al cesar los efectos quiere decir que el proponente ya no está inscrito, que tiene que volverse a inscribir de cero y hay que volverle a exigir los 10 días hábiles para la firmeza de la nueva inscripción, ¿si me hice entender? Dejada vencer la inscripción hay que solicitar la nueva inscripción y hay que partir de cero, pero no se pierde la información, queda en el sistema de las cámaras de comercio solo que para efectos jurídicos no puede ser tenido en cuenta en los procesos de contratación.

Procedo a explicar que puede ser subsanable en materia del Registro Único de Proponente evidentemente al certificar, ejercer en plena prueba ya tiene las condiciones del proponente, el proponente no puede ir a modificar el RUP para cambiar una información. *¿Qué pasa si trae el certificado de registro con fecha posterior al cierre?* el sector pú-

blico es supremamente rígido, la fecha del papel no me cambia la condición habilitante recuerden que lo relevante de la subsanabilidad es que la condición habilitante este dada al momento del cierre, lo importante es que en el RUP se certifique la fecha en que quedó registrada la información porque en la fecha que queda registrada la información yo cuento los 10 días para saber si estuvo en firme o no antes del cierre, eso es lo relevante, pero la fecha del papel no, por eso esos requisitos que pone el pliego, el RUP expedido dentro de los 30 días anteriores luego les dificulta a ustedes la evaluación porque si les traen un RUP con posterioridad al cierre pero acreditando circunstancias ocurridas antes no las puede tener en cuenta.

Se debe dar la claridad acerca del RUP vigente porque claro, en un RUP expedido hace tres meses puede haber cambiado la información y lo he visto en tres entidades distintas en donde algunos proponentes dejaron vencer la inscripción y traen el RUP viejo de hace tres meses, cuando les piden el vigente no lo llevan, y cuando lo llevan ya tiene una nueva inscripción que hizo solución de continuidad y que al momento del cierre no estaba en firme, entonces por eso si hay que pedirlo vigente pero no lo pidan expedido dentro de los 30 días anteriores porque lo pueden traer después del cierre acreditando circunstancias ocurridas antes y debe ser admisible.

El tema de la capacidad jurídica, yo creo que la sentencia de Ruth Stella Correa sobre el tema de la representación fue muy ilustrativo y el concepto de Enrique José Arboleda, donde aclara el tema de subsanabilidad en realidad es darle prevalencia a lo sustancial sobre lo formal, no ser tan rigurosos en lo formal porque terminamos sacrificando lo sustancial y fíjense ahora incluso las facultades del representante legal con la aclaración que tuvo este fallo no son considerados un tema de capacidad jurídica sino de representación, la persona jurídica como tal tiene capacidad jurídica solo que el representante legal obre por fuera de las facultades del certificado de existencia y representación legal que la entidad puede ratificar con fecha posterior al cierre, entonces creo que es un fallo muy interesante desde la perspectiva de que debe prevalecer lo sustancial sobre lo formal.

En cuanto, a las causales de rechazo, encuentran en el registro único de proponentes una inhabilidad por incumplimiento reiterado que ahora las cámaras de comercio hacen explícitas en el certificado pues evidentemente no podrán contratar con él. No se puede enlistar los documentos subsanables, pero la presentación del registro Único de Proponentes si es subsanable puede ser llevado con posterioridad y efectivamente acreditar las circunstancias que ocurrieron antes del cierre y es absolutamente válido.

Tampoco es posible completar, adicionar, adjudicar o modificar la oferta, entonces evidentemente si el proponente fue a cambiar la clasificación del Código Industrial Internacional Uniforme CIIU, llegan al proceso contractual con ese cambio en proceso y él quiere firmeza después del cierre, no es admisible porque no quedo en firme antes del cierre o recibo de las ofertas.

Quiénes no se inscriben en el registro único de proponentes, los extranjeros sin domicilio en Colombia entonces volvamos al pliego de condiciones, yo le pido condiciones, pido experiencia probable acreditada, capacidad jurídica, capacidad organizacional dividida en operacional y técnica pido todos los requisitos habilitantes y al extranjero, le pido el mismo requisito, lo único que cambia es el medio probatorio entonces ya no va a ser el RUP porque no lo tiene, sino que van a ser los documentos soporte ¿que dónde deben decirle cuales son los documentos soporte? En el pliego de condiciones, que debe indicar que los extranjeros sin domicilio en Colombia y los proponentes del Decreto 1464 que no tienen esta información deben presentar esta documentación, entonces deben dejar claro en el pliego de condiciones que los extranjeros sin domicilio en Colombia y los del 1464 que no tienen toda la información aun en el RUP como van a acreditar esta información.

¿Quiénes deben inscribirse en la cámara de comercio? todos ustedes ya saben, ¿todos significa entidades públicas? Si todos son todos si van a licitar deben tener el RUP, si una entidad pública va a licitar con otra debe tener su RUP pero ya vamos a ver que hay unas excepciones.

¿Cuáles son las excepciones?: las establecidas en el artículo 6º de la Ley 1150 modificado por el Decreto 19 de 2012. En la excepción relativa a los contratos de concesión de cualquier índole, habría que adicionar un tema y es el tema de las Asociaciones Público Privadas, la Ley 1150 exceptúa las concesiones y por la Ley 1508¹⁸⁴ la concesión queda dentro de la tipología de asociaciones público privadas, ¿entonces, qué pasa con las otras tipologías de Asociación Publico Privadas? La Ley 1508 expresamente manifestó que no requeriría del Registro Único de Proponentes entonces la excepción para ellos está dada por virtud de esa Ley.

Las causales de rechazo son más o menos 17, que se resumen en 3 grandes ejes temáticos y es cuando la información que aporta el proponente no es suficiente o cuando la información es inconsistente, no cuadra la información declarada en el formulario con los soportes o cuando la información no contiene la totalidad de los elementos exigidos por el Decreto, entonces si se presenta la certificación sin los requisitos que pide el Decreto pues no la pueden registrar.

Adicional a esta información que ya hemos señalado hay una novedad y es la información de multas sanciones que generan inhabilidad para contratar con el Estado cuando se han incumplido de manera reiterada, ahora las cámaras de comercio por virtud del estatuto anticorrupción las deben hacer explícitas en el texto del certificado, esto es muy importante porque para efectos de verificar la información, el Decreto señalo que deben ser multas

¹⁸⁴ LEY 1508 DE 2012(Enero 10) Reglamentada por el Decreto Nacional 1467 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

e incumplimientos en firme y la inhabilidad se genera a partir de la firmeza de la última multa así se haya registrado en una vigencia fiscal posterior, porque en esto también el decreto se anticipaba a los eventuales favores de no publicar la sentencia sino hasta el otro año y en consecuencia ya independientemente que se registre tarde la inhabilidad se va a generar desde la última multa así se vaya a registrar en una vigencia fiscal diferente.

Sobre la impugnación al Decreto Ley Antitrámites redujo los términos de 30 a 10 días hábiles donde básicamente lo que permite el Decreto es que cualquier interesado puede impugnar en esos 10 días hábiles cualquier inconsistencia creo que a nivel nacional no he escuchado ninguna impugnación que se haya hecho, la verdad casi se esperan es al proceso de contratación para decir ese contrato es falso entonces ahí es donde la entidad pública puede impugnarle y la cámara de comercio tiene 20 días hábiles para resolver mientras se suspende el proceso de selección, si en ese término la cámara de comercio no responde, la entidad debe continuar el proceso de selección con la información que reposa allí, pero en realidad la cámara de comercio responde en términos bastante expeditos, entonces en eso creo que no ha habido el primer caso en que no se haya respondido en términos.

La información que contiene el RUP, ya lo dijimos es la información habilitante del proponente, la clasificación que ya vamos a ver tuvo una novedad importante, la inhabilidad por incumplimiento reiterado que ya referimos y la famosa capacidad residual de obra que tanto estupor ha generado en la administración pública con el Decreto 1397¹⁸⁵ que expidió la agencia de contratación.

Hablemos de la calificación, ¿qué significa que se derogo? que ya no aplica, entonces yo ya no puedo exigir ni K máximo de contratación ni un K máximo residual que también está visto que se han inventado ni puedo exigir los puntajes que todavía reportan los proponentes del Decreto 1464 nada de puntajes, nada de calificación pero el K residual de contratación si todavía existe claro ya no se califica contra el K máximo sino que ahora tiene una nueva fórmula que fue modificada por el Decreto 1397 de 2012, ¿qué dice este Decreto? Que es el capital de trabajo menos los saldos de los contratos en ejecución significa esto que se descuenta la parte ejecutada y a esta parte ejecutada, este saldo que queda por ejecutar mejor, se divide por los meses de ejecución que faltan y el producto de esa división es la que se le va a restar al capital de trabajo, claro todo expresado en salarios mínimos mensuales vigentes.

Sobre la capacidad jurídica se conserva básicamente la misma estructura del Decreto 1464 con unas novedades por ejemplo ahora la cámara de comercio va a certificar el tamaño empresarial de las empresas, esto es muy importante porque van a quitar esa dificultad de si es grande, si es pequeña, si el contador certifico o no certifico lo que era sino que simplemente estando en el Registro Único de Proponentes el tema se vuelve plena prueba y ojalá cuando el gobierno nacional algún día reglamente el plan nacional

¹⁸⁵ Decreto 1397 de 2012, Por el cual se modifica el numeral 1 del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012

de desarrollo donde la Mipyme se va a definir por facturación y no por activos ni personal que eso en realidad es una falacia.

Existen empresas de dos personas con activos pequeños y ejecutando contratos de 50 mil millones, ¿por qué? entonces en realidad esa fórmula de la facturación que ya está en el plan nacional de desarrollo falta reglamentación por parte del gobierno nacional que ojalase dé prontamente.

Sobre la experiencia, es probable y acreditada. ¿Qué es probable? Es una presunción de que durante un tiempo determinado, usted ha podido ejercer la profesión o la actividad que corresponda, según la actividad se cuenta desde la fecha de la aprobación del pen-sum académico o desde el contrato más antiguo en el caso de proveedores o desde la constitución como persona jurídica.

Bueno les decía a ustedes que traía unas equivalencias, ¿verdad? Que le permiten sumar más experiencias, esto es muy útil es para principalmente para consultores donde se le debe estimular por ejemplo la publicación de libros, distinciones o premios recibidos, el ejercicio de la docencia y otros elementos que están aquí señalado en el Decreto.

Los requisitos habilitantes son aspectos que yo tengo que verificar en el pliego de condiciones y no se les olvide otro artículo el 2.1.1 los estudios previos, los requisitos deben justificarse que es una motivación que fundamenta precisamente la posición de uno, entonces por eso el Decreto exige una justificación, ¿qué significa? Que se motive la razón por la cual yo estoy pidiendo solamente 3 años que la experiencia la haya acreditado dentro de los tres últimos años, porque el Decreto en experiencia no limita los años de la experiencia sería una barbaridad hacerlo.

Entonces en realidad lo que uno debe pedir es que, claro, esa experiencia aplica a la nueva norma técnica, claro obviamente, pues en la ejecución debe aplicar la norma nueva pero para su experiencia ¿por qué? solicitando experiencias que piden como diseños y estudios de tráfico que deben estar en la misma certificación, ¿a mí me interesa que la experiencia en diseño y estudios de tráfico o qué estén en la misma certificación? O ¿que sepa de las dos cosas?, ¿Entonces por qué tiene que estar en la misma certificación? Un absurdo, eso es ridículo.

Y lo peor de todo es que los abogados le comemos cuento a algunos ingenieros que desde las entidades públicas laceran los intereses de los otros ingenieros, porque es lo que yo le digo a los ingenieros aquí el problema no son los abogados aquí el problema son los mismos ingenieros que ponen requisitos técnicos que no cumplen los mismos ingenieros, entonces uno como abogado está en el deber de abogar doctores y doctoras, por la justicia.

Entonces cada contratación tiene su propio quid, cada contratación hay que diseñarla, pensar en los riesgos previsible, como voy a configurar el pliego para que vengan los mejores proponentes, sino que se me presenten los mejores proponentes que yo confecciono un buen negocio para beneficio de la entidad y ahí es donde el trabajo se nos vuelve agradable pero si lo volvemos una simple rutina de copie y pegue.

Entonces en realidad con toda esta serie de instrumentos que se han ido avanzando en la contratación pública creo que debemos apuntarle a la contratación inteligente, a buscar confeccionar requisitos que sean de verdad razonables y coherentes.

Sobre la capacidad financiera hubo cambios donde se aumentaron indicadores, donde evidentemente no es viable pedir declaración de renta como si no le dijeran mentiras a la DIAN, confió más en el Registro Único de Proponentes porque en el RUP la gente se muestra de verdad para querer contratar no para querer esconder sus utilidades y están personalizadas de acuerdo a la naturaleza, por eso van a ver que la de consultores tienen unos indicadores más flexibles porque en el consultor no nos interesa su bolsillo, ¿qué nos interesa en el consultor? Claro, su experticia, su idoneidad.

Sobre la capacidad de organización, claro, en los proponentes del 1464¹⁸⁶ ustedes van a encontrar la capacidad técnica y la capacidad operacional de manera independiente, pero la pueden tomar de ahí sin ningún problema, es la misma norma, la misma regla, en los del Decreto 734 ya aparece sub-dividido como una categoría especial de la organización, la operacional no es exigible para los consultores, ¿por qué razón? ¿Qué es la operacional?, los ingresos brutos operacionales de los dos mejores años de los últimos cinco promediado aritméticamente, ¿por qué no será exigible la capacidad operacional, los ingresos brutos operacionales a un consultor? Por lo que acabamos de hablar, en él no me interesa su bolsillo sino su materia gris, claro.

Y en la técnica uno que pide, el número de personas. No es lo mismo hacer una interventoría a un contrato de 50 mil millones donde eventualmente yo considere que necesite tener 40 personas de planta, que un contrato de suministro de papelería que de pronto con una o dos personas es suficiente dependiendo del valor, tengo que ser coherente en esos requisitos es importante conocer el Registro Único de Proponentes porque así mismo uno sabe cómo pedir el requisito en el pliego y no pedir esas locuras que en algunas partes se piden.

Sobre la clasificación, este es otro escollo importante, la clasificación cambio de manera importante para ajustarse a estándares internacionales y va a adquirir mayor relevancia cuando se reglamenten los acuerdos marco de precios, el Decreto dice expresamente que se debe tomar la clasificación del Registro Único Tributario, ustedes van a tener la tentación seductora de simplemente tomar la clasificación del DANE que es la versión

¹⁸⁶ Op. Cit.

4.1 y la del RUT es la 3, cuando el decreto Dice que es la del RUT lo dice expresamente, que pasa si en el pliego de condiciones pedimos la versión CIU del DANE ¿algún proponente lo va a cumplir? no porque en el RUT esta una clasificación diferente, una versión distinta del CIU que es la que sirve de base para que la Cámara de Comercio certifique la clasificación¹⁸⁷.

La exigencia de la clasificación debe ser coherente, uno en el RUT toma siempre una clasificación genérica, por lo general uno no entra a ese nivel de detalle ¿por qué? porque uno necesita una actividad tributaria que le dé campo de acción.

Cuando redacten los pliegos de condiciones es muy importante por favor, póngale mucha atención, la clasificación, pidan una clasificación que sea razonable, que sea amplia, que sea la que normalmente usan las personas de ese ramo en el cual vamos a contratar, si es de construcción, si es de veeduría, si es de asesoría, si es de consultoría, verifiquemos cual es el rubro tributario que más usan, el genérico y démosle opciones que sean excluyentes. Démosle alternativas al proponente para que de acuerdo a la naturaleza tributaria de la actividad pueda estar clasificado de manera adecuada, pero no exijamos unas clasificaciones, tan específicas, demos alternativas, que le permitan a los proponentes tener una o la otra, pero no clasificaciones que solamente cumple uno solo.

Y ahora en el pliego de condiciones regulen que ocurre, si se les presenta un proponente de 1464 con uno de 734, ¿si me hago entender? Porque uno le va a traer una clasificación y el otro le va a traer otra, de pronto no tienen la totalidad entonces hay que regularlo en el pliego de condiciones también, todo eso hay que regularlo en el pliego de condiciones.

La inhabilidad por incumplimiento reiterado ya la mencionamos, entonces, ¿qué deberes tienen las entidades públicas a este respecto?, reporte de licitaciones, ¿la inscripción debe estar en firme, y la renovación debe estar en firme? No debe estar solicitada dentro del Decreto anterior, la clasificación que se va a pedir en el pliego, ¿cómo va a ser? van a ser las dos, las de 1464 y las del CIU del RUT no del DANE y en consecuencia vamos a pedirle a los unos y a los otros una clasificación genérica que puedan cumplir la gente de ese ramo.

Para entidades de regímenes especiales que no están obligadas a tener el RUP yo recomiendo que adopten el RUP como una buena práctica en sus manuales de contratación privados, ¿por qué razón? Porque en el RUP ustedes pueden verificar la misma información que el proponente le presenta a toda la administración pública, adicionalmente sirve para verificar ausencia de inhabilidades e incompatibilidades por la Ley 1150 de 2007 también aplica a las entidades de regímenes especiales. Por otra parte resulta que la información de esos contratos es muy útil para toda la administración pública, luego es recomendable que hagan ese reporte también al Registro Único de Proponentes.

¹⁸⁷ En la actualidad, a la fecha de esta publicación, la DIAN ya acogió la clasificación del DANE

Ya sobre el reporte de información les quiero recordar que es causal de mala conducta no hacer el reporte mensual dentro de los 15 días siguientes del mes correspondiente de los contratos que se hayan adjudicado o celebrado, ejecutado o terminado en ese periodo y una novedad importante y es que cuando ha habido multas, sanciones e incumplimientos se debe reportar además de la cámara de comercio y todo lo que dice ahora el artículo 31 de la Ley 80 modificado por el Decreto Ley Antitrámites que dice que se publique en el SECOP, que se reporte a la procuraduría, que se reporte a todo lado, debe reportarse también a la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República, que era el antiguo programa de la Vicepresidencia anticorrupción.

Entonces el régimen de transición ya lo explicamos, quisiera detenerme un momento en este concepto del Departamento Nacional de Planeación del Registro Único de Proponentes que resulta muy ilustrativo, dice todo lo que ya les acabe de decir, la clasificación en el pliego de condiciones se debe pedir a los del Decreto 1464 de 2010 por la clasificación que había en ese Decreto y los del CIIU del RUT para los proponentes que ya están bajo el régimen del Decreto 734.

Para la verificación de requisitos habilitantes obviamente debemos hacer, los del Decreto 1464 de 2010 tiene alguna información en el Registro Único de Proponentes, la debemos tomar como plena prueba pero aquella que no esté en el certificado 1464 deberemos pedirla en el pliego de condiciones como soporte que correspondan y los del Decreto 734 únicamente el RUP.

NOTA: Ver Anexo 2. Intervención de las doctoras Ximena Portilla y Diana Morales, conferencistas invitadas a la sesión del Centro de Estudios del 20 de Noviembre de 2012. Taller práctico sobre el Registro Único de Proponentes – RUP.

ANEXO

Publicidad y sistema electrónico para la Contratación Pública – SECOP, en el Decreto 734 de 2012.

Julio 25 de 2012

Conferencista: DIEGO ANDRÉS BELTRÁN HERNANDEZ

Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Se ha desempeñado como asesor Jurídico en Contratación Pública a nivel nacional e internacional tanto para el sector privado como público.

Para el sector público ha sido abogado en contratación de la Superintendencia de Sociedades y asesor jurídico del Programa de Agenda de Conectividad- Gobierno en Línea, del Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones y el Proyecto de Contratación Pública del Departamento Nacional de Planeación (DNP).

Ha sido conferenciante y/o panelista invitado de la ESAP y del Congreso de Contratación Pública llevado a cabo en la Cámara de Comercio de Pereira de mayo de 2012, entre otros.

PRIMERA PARTE

SECOP¹⁸⁸ (SISTEMA ELECTRONICO PARA LA CONTRATACION PUBLICA)

COMERCIO ELECTRÓNICO

La contratación pública debe procurar estar acorde a como el mercado realiza sus transacciones y actualmente muchas son de manera electrónica, teniendo en cuenta

¹⁸⁸ www.contratos.gov.co

los avances tecnológicos, que facilitan la interacción entre los particulares bajo esquemas de eficiencia.

El comercio electrónico¹⁸⁹ principalmente se rige por los siguientes principios:

- Equivalencia Funcional
- Neutralidad Tecnológica
- No repudio

Equivalencia Funcional: este principio establece que lo realizado electrónicamente debe equipararse a como si fuera realizado físicamente, es decir, no debe haber ninguna diferencia entre ambos, especialmente en el aspecto probatorio.¹⁹⁰

En la práctica, los documentos de un proceso contractual que se publican en el SECOP son los mismos que físicamente ha expedido la entidad, facilitando su divulgación y publicidad. Por ejemplo, actualmente los interesados en participar en un proceso contractual consultan y conocen el pliego de condiciones a través del SECOP, sin necesidad de ir a la entidad pública, como hace muchos años se realizaba.

Neutralidad tecnológica: Este principio hace referencia a que se deben utilizar sistemas amigables, que sean compatibles con cualquier otro, es decir, su uso debe ser asequible con las tecnologías comunes que existen en el mercado.

El SECOP es un sistema que cualquiera puede acceder y su utilización está acorde con las tecnologías frecuentemente empleadas por las personas, por ejemplo el Internet.

No repudio: este principio hace alusión a que el contenido y el autor de un documento electrónico pueda ser conocido, además que se garantice su integridad. Para ello, la Ley 527 de 1999¹⁹¹ a través de firmas digitales, electrónicas o biométricas, busca garantizar este principio.

En resumen, El comercio electrónico a través de tecnologías comúnmente utilizadas por las personas buscan que las transacciones que se hagan tengan validez, eficiencia,

¹⁸⁹ E-Commerce

¹⁹⁰ LEY 527 DE 1999. Artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

¹⁹¹ LEY 527 DE 1999 (Agosto 18) Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma.jsp?i=4276>

rapidez y fuerza probatoria; propósitos que la contratación pública debe buscar y anudar esfuerzos para lograrlo.

ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las principales normas que permitieron utilizar herramientas tecnológicas en la contratación pública son las siguientes:

- Ley 527 de 1999¹⁹². Regulo el comercio electrónico, firmas digitales y electrónicas. Estableció los mecanismos para que las transacciones electrónicas tuvieran validez jurídica.
- Decreto 2170 de 2002. Por primera vez se obliga a las Entidades Públicas a publicar proyectos y pliegos de condiciones en sus páginas web, así como otros documentos de los procesos contractuales
- CONPES 3249 de 2003. Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial. Se estableció que había que lograr la publicidad en la contratación pública, pero no se podía hacer en un solo momento sino por etapas; en una primera etapa se buscaba que las entidades adoptaran el hábito de publicar la información contractual en sus páginas web y una segunda etapa crear un sistema para la contratación pública.

Este sistema de contratación a su vez también tendría dos fases: la primera permitir publicar documentos de los procesos contractuales de las entidades públicas en un mismo sitio (Portal Único de Contratación PUC) y después una segunda fase que permitiera realizar transacciones electrónicas.

- Ley 962 de 2005¹⁹³. Artículo 5. “Para el trámite, notificación y publicación de actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas (...)La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen”
- Decreto 2434 de 2006. Estableció que la publicación de la información y documentos de un proceso de contratación pública tenía que hacerse en el SECOP, previa inscripción en el sistema, y ya no en las páginas web de las entidades
- Decreto 2178 de 2006. Creó el SECOP, establece sus características, finalidades, objetivos y responsabilidades.
- Ley 1150 de 2007.¹⁹⁴ SECOP es punto único de información contractual. La expedición de los actos administrativos, los documentos y contratos podrán hacerse por medios electrónicos.

¹⁹² LEY 527 DE 1999(Agosto 18)Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4276>

¹⁹³ Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17004>.

¹⁹⁴ LEY 1150 DE 2007(Julio 16)Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>

- Decreto 2474 de 2008¹⁹⁵. Indicación de los documentos a publicar en el SECOP y sus excepciones. Es importante mencionar que la lista de documentos que señala el decreto no son taxativos sino enunciativos, de tal manera que las entidades públicas están facultadas a publicar documentos que no se encuentren en dicho listado, con el fin de garantizar el principio de publicidad y transparencia en la contratación pública.
- Decreto 3485 de 2011. Reglamenta el SECOP transaccional y habilita la realización de procesos piloto. Este decreto permitió la contratación pública de manera electrónica, es decir, todas sus etapas, desde los estudios previos hasta la firma del contrato, se realizaran electrónicamente, con plena validez jurídica.
- Decreto 734 de 2012. Deroga los Decretos 2474 de 2008 y 3485 de 2011

En conclusión, las normas anteriores desarrollaron el principio de publicidad consagrado en la Constitución, acorde con los avances tecnológicos, a tal punto que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos acarrea consecuencias disciplinarias.

JURISPRUDENCIA

De conformidad con la Corte Constitucional los objetivos de un sistema electrónico son:

- (i) *“la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial las decisiones adoptadas por la administración;*
- (ii) *La participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y*
- (iii) *El conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica.”*¹⁹⁶

Con respecto a la Notificación electrónica, la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 18 de marzo de 2010 señaló:

- “Estos requisitos aplicados a los documentos físicos y electrónicos deben hacerlos equivalentes, [...], iguales en su valor, estimación, potencia o eficacia y, como consecuencia, deben tener los mismos efectos jurídicos.*
- (...) De manera que en virtud del principio de la equivalencia funcional, tiene el efecto legal de la notificación personal en los términos de los artículos 44 a 48 del C.C.A. “*

El anterior pronunciamiento surgió por la consulta realizada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a la pregunta si un sistema de notificaciones electrónicas elaborado por dicha entidad tenía plena validez jurídica, a lo

¹⁹⁵ Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

¹⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 259 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

que el Honorable Consejo de Estado señalo que era posible en virtud del principio de equivalencia funcional, permitido principalmente por la Ley 527 de 1999.

Actualmente, la Ley 1437 de 2011 permite la notificación electrónica, siempre y cuando no sea obligatoria, es decir, el ciudadano es quien tiene la posibilidad de escoger el medio de notificación.

Con relación a este tema también es importante mencionar como antecedente la Ley 962 de 2005, que permitió que ciertas actividades y actuaciones se puedan realizar de manera electrónica para agilizar la comunicación de las entidades públicas con los ciudadanos.

Las anteriores disposiciones tuvieron efecto sobre los trámites o procesos que adelantan las entidades públicas, permitiendo la utilización de sistemas tecnológicos para lograr mayor agilidad y efectividad en la interlocución entre ciudadanos y entidades públicas. Un ejemplo de lo anterior, fue la utilización de medios tecnológicos en la contratación pública para desarrollar el principio de publicidad, conllevando a que la publicación en el SECOP es el medio por el cual los ciudadanos conocen las actuaciones de las entidades públicas, y como consecuencia de ello puedan ejercer sus derechos, ya sea objetando o aprobando las decisiones de la entidad.

Por eso es tan importante que todas las entidades públicas conozcan a profundidad el principio de publicidad y que lo apliquen, de manera que sus actuaciones sean conocidas para dar mayor transparencia a los procesos de contratación pública. En ese sentido, ustedes se han dado cuenta que la mayoría de las convocatorias que realizan las entidades públicas tienen que publicarse en el SECOP, como por ejemplo las licitaciones públicas, selecciones abreviadas, concursos de méritos y mínima cuantía, entre otros.

El conocimiento oportuno de la información en la contratación estatal garantiza los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso, el acceso a los documentos públicos y la seguridad jurídica. La Ley 80 de 1993¹⁹⁷ consagra los principios de publicidad y contradicción, como fundamentos de la contratación estatal.

Por último, el principio de publicidad debe entenderse más allá de una obligación legal para las entidades públicas, sino también como un apoyo a las labores que realizan, en la medida que cuando los ciudadanos realizan observaciones, comentarios o sugerencias en los procesos contractuales están colaborando a que los mismos se desarrollen de la mejor forma, ya que muchas veces identifican errores o fallas que se presentan. En esa medida, el principio de publicidad debe analizarse de una manera integral, como un postulado a favor de entidades públicas y ciudadanos para garantizar adecuadamente los fines estatales.

¹⁹⁷ Ver LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL SECOP

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública, está definido en el artículo 7.1 del Decreto 734 de 2012¹⁹⁸ de la siguiente manera:

“Artículo 7.1.1. Definición del Sistema Electrónico para la Contratación Pública. El Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, es un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permite la interacción de las entidades contratantes, los proponentes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, materializando particularmente los principios de transparencia y publicidad.”

El sistema electrónico para la contratación pública -SECOP- es un instrumento de apoyo, que no sólo sirve para publicar documentos, sino que tiene otras funcionalidades e información, que explicaremos más adelante, para ayudar en la gestión de los procesos contractuales. Así mismo, es un instrumento que materializa principalmente los principios de transparencia y publicidad.

El SECOP transaccional, además de lo señalado anteriormente, permite la interlocución entre entidades públicas y ciudadanos, porque está diseñado para que las partes se comuniquen al interior del mismo sistema y todo quede registrado.

Otro aspecto importante del SECOP es como punto único de ingreso de información contractual, es decir, es el único sistema donde está consignada toda la información de la contratación pública y sólo a través de dicho sistema se puede dar cumplimiento al principio de publicidad, con algunas excepciones que facultan a las entidades a publicar en sus páginas web, pero para la mayoría de procesos el SECOP es el punto único de información. En esa medida si a una entidad pública le realizan una auditoria respecto al cumplimiento del principio de publicidad en la contratación pública tiene que demostrar que publicó sus procesos contractuales en el SECOP, sin que sirva la publicación en otro sistema o en la página web de la entidad.

El que toda la información de los procesos contractuales esté en un sistema permite obtener estadísticas oficiales al respecto, y conocer por ejemplo cuantos procesos se han publicado y bajo que modalidades de selección. Les preguntó ¿qué modalidad de selección es la más utilizada por las entidades públicas?, ¿Ustedes que creen? ¿Cuál modalidad de acuerdo al SECOP? La mayoría de contratos se realizan por contratación directa, de acuerdo con la información del SECOP.

¹⁹⁸ Ver DECRETO 734 DE 2012 (Abril 13) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma.jsp?i=46940>

Pero para que se puedan obtener estadísticas del SECOP es necesario que las entidades públicas cumplan con el principio de publicidad y mantengan actualizada la información de los procesos contractuales en dicho sistema. Para lograr tal propósito, el año pasado (2011) Gobierno en Línea del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantó una campaña a través de enviar comunicados a las diferentes entidades públicas para que actualizaran sus procesos.

Otra característica del SECOP es que se integre con otros sistemas que también hacen parte de la contratación pública, pero la idea es que no se creen más sistemas de contratación, sino que se unifiquen, que conversen entre sí y ahí es donde hablamos de interoperabilidad.

De acuerdo con la ley, el SECOP se debe integrar con el RUE -Registro Único Empresarial-, para que las entidades públicas puedan obtener información de las Cámaras de Comercio. En el futuro está pensado, que el proponente en su oferta indique su número de RUP y que las entidades públicas lo consulten y tengan información actualizada;

Inicialmente estaba planificado que el SECOP se integrara con dos sistemas que fueron eliminados con el decreto antitrámites (Decreto Ley 019 de 201): el Sistema Integral de Contratación Estatal -SICE- y el sistema del Diario Único de Contratación.

De acuerdo con la Ley 1150 de 2007 debe existir un único sistema de contratación pública oficial que permita conocer todos los detalles de la contratación pública y que se vaya integrando con otros sistemas para beneficio de todos los intervinientes en el proceso de contratación. Es por ello también, que de acuerdo con el artículo 7.6.4° del Decreto 734 de 2012 “Las entidades *estatales* **no podrán** contratar sistemas electrónicos que realicen las mismas funcionalidades que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública.”

En resumen, estas son algunas de las características del SECOP, o también llamado Portal Único de Contratación -PUC-, a él se ingresa a través de la página www.contratos.gov.co, pero hay que recordar que su nombre técnico es SECOP, sino que debido a sus dos fases se le llamo Portal Único de Contratación al principio y después si SECOP.

Otro aspecto a mencionar, es que el SECOP tiene una gran relevancia para la celebración de los tratados de libre comercio -TLC-, como por ejemplo con el de los Estados Unidos, ya que para celebrar esos tratados en materia de contratación pública Colombia debe tener un sistema como el SECOP, que garantice los principios de publicidad y transparencia, además se pueda dar conocer tanto a nivel nacional como internacional las contrataciones que hacen las entidades públicas.

Por último, un consejo práctico para cumplir cabalmente el principio de publicidad es cuando ingresan un proceso de contratación en el SECOP el bien, servicio u obra a

contratar lo clasifiquen correctamente, de acuerdo al catálogo de bienes y servicios que contiene el sistema.

MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN EL SECOP

A continuación señalaremos como se materializa el principio de publicidad en el SECOP y que deben realizar las entidades públicas en dicho sistema.

a) La regla general es la utilización del SECOP para cumplir el principio de publicidad, con muy pocas excepciones, las cuales son:

- los procesos de selección de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007
- ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007

b) Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del SECOP están sometidas a un periodo de transacción de seis (6) meses¹⁹⁹, en el cual debe procurar superar esas falencias para después publicar en el SECOP.

c) Los documentos e información publicada en el SECOP deben permanecer por tres (3) años después de la liquidación, acta de terminación o de la declaratoria de desierto, de acuerdo con el Decreto 734 de 2012. Anteriormente, con el Decreto 2474 de 2008 era de dos (2) años, pero el Decreto 734 de 2012 modificó lo anterior para ajustarse a las disposiciones de los tratados de libre comercio

d) Las entidades que no están sometidas a la Ley 80 de 1993 pueden publicar información contractual en el SECOP a través de la funcionalidad de régimen especial. Lo mismo sucede con documentos e información contractual cuyos procedimientos no están sometidos a la Ley 80 de 1993, sino a otras leyes, como la Ley 489 de 1998.

e) La falta de publicación de la información contractual, de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación produce su Ineficacia, es decir, no son oponibles a terceros.

SESIÓN DE PREGUNTAS

PARTICIPANTE: Disculpe Doctor, devolviéndonos un poquito en el tema eso significa que ¿en el SECOP también se publican los contratos que se celebran con fundamento en el Decreto 777 de 1992²⁰⁰?

CONFERENCISTA: De acuerdo con el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones (2011) esos convenios no se rigen por la Ley 80 de 1993, por lo cual no están obligados a cumplir el principio de publicidad en el SECOP, sin embargo podrán publicarlo en el SECOP de forma voluntaria bajo la modalidad de regímenes especiales.

¹⁹⁹ Actualmente el periodo de transición se terminó.

PARTICIPANTE: Entre otros aspectos se hace referencia a la restricción en la adquisición de software de contratación, el Distrito Capital tiene “contratación a la vista” que es un instrumento que hemos utilizado durante varios años y que tiene elementos adicionales al SECOP, en el que se pueden hacer otras utilidades que aún no tiene el SECOP ¿Eso implicaría la salida de nuestro portal?

CONFERENCISTA: Es un tema muy importante. Está regulado en el artículo 7.6.4 del Decreto 734 de 2012 que señala que ningún sistema puede adquirirse si tiene las mismas características y funciones del SECOP. Además, por lo señalado en la Ley 1150 de 2007 en mi opinión, a través de “Contratación a la vista” no se puede cumplir con el principio de publicidad. Podrá ser utilizado para otros fines, como de control o vigilancia, pero no para cumplir el principio de publicidad.

Aquí es importante anotar que “Contratación a la Vista” tiene algunas funcionalidades que no tiene el SECOP, como por ejemplo la funcionalidad de la subasta.

PARTICIPANTE: En este sentido podríamos usar de manera paralela los dos portales porque de hecho el Distrito para poder cumplir con la normativa pública en el SECOP había pedido a Gobierno en Línea que pudiéramos tener interacción entre los dos portales sin que elimináramos “Contratación a la Vista” que está enriquecido, lleva como diez años de funcionamiento y se le ha invertido suficiente dinero y como usted lo manifiesta tiene algunos elementos adicionales al SECOP que son necesarios para la contratación, pero también comparte aspectos como información del objeto del contrato, apertura de los procesos, cierres, puntos similares, entre otros.

CONFERENCISTA: Desde el año pasado (2011) la interoperabilidad entre el SECOP y “Contratación a la Vista” se acabó. La interoperabilidad permitía que los dos (2) sistemas se comunicaran y que cuando se ingresaba al SECOP visualizar la información publicada en “Contratación a la Vista”.

El SECOP el único sistema habilitado para cumplir el principio de publicidad.

PARTICIPANTE: Frente a lo que decía, hace poco llegó una directriz diciendo que en Contratación a la Vista había que publicar los procesos de selección abreviada de menor cuantía, entonces ¿Hasta qué punto esto se tiene que hacer así? o ¿solamente se tienen que publicar los procesos en el SECOP?, porque siendo un ente territorial y más que todo son los proponentes quienes dicen debe ser así para que sea más transparente y haya más información ya que por lo general los proponentes no conocen el SECOP, no saben cómo manejarlo, etc. Entonces ¿Solo se publican en el SECOP los procesos? o,

¿Qué tipos de procesos se publican también en Contratación a la Vista? por ejemplo, en contratación directa ¿Qué funcionalidad tiene publicar en los dos portales?

CONFERENCISTA: la ley es muy clara y creo que lo he repetido a lo largo de la conferencia, el único punto de publicidad es el SECOP, si ustedes van a publicar procesos de selección abreviada, concurso de méritos, licitación pública y mínima cuantía, lo tienen que hacer por el SECOP para que produzca efectos jurídicos. Con relación a los proponentes hay que generar un cambio cultural porque ellos están acostumbrados a un sistema, pero la ley es para todos y así como de pronto ellos miran Contratación a la Vista para contratar con entidades del Distrito, cuando van a contratar con entidades del orden nacional ellos miran el SECOP y no desconocen el sistema, es más, las quejas más frecuentes cuando una entidad no utiliza adecuadamente el SECOP provienen de los particulares. El artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, dice claramente que El SECOP es el único punto de información en materia contractual, el único sistema donde se cumplirá el principio de publicidad,

PARTICIPANTE: Frente a los documentos que hay que publicar para cerrar un proceso de contratación directa específicamente servicios profesionales o servicios personales el Decreto 734 dijo que era optativo o no la realización de las actas de liquidación, con base en eso y con base en que el medio de control para el cumplimiento de las obligaciones de las personas naturales que prestan servicios profesionales son los certificados de cumplimiento, en muchos de los casos se está optando por no hacer acta de liquidación. Ahora bien, cuando se termina uno de esos contratos que no tiene acta de liquidación y se va a cerrar el proceso en el SECOP y le pide un documento, ¿Qué documento se publica? No sé hasta donde sea necesario o no sé qué implementación haya que hacer en el SECOP directamente como sistema para que no solicite un documento al momento cerrar los procesos que no tienen acta de liquidación.

CONFERENCISTA: Muy buena pregunta, ella acaba de explicar cómo funciona el SECOP en sus distintas etapas y para cada etapa se tiene que publicar un documento obligatorio para poder avanzar. En esa etapa referente a la terminación le puedo aconsejar es que si no existe acta de liquidación publique cualquier otro documento que soporte la terminación, como por ejemplo un informe o un paz y salvo, para cambiar de estado, por la forma como está diseñado el SECOP.

PARTICIPANTE: ¿Cuál es el funcionamiento del SECOP respecto a las fechas en las que son publicados los documentos en el sistema?

CONFERENCISTA: La fecha de publicación corresponde a cuando incorporo los documentos al sistema y quedo registrado. Si su pregunta va dirigida a que tuvo problemas con los calendarios del SECOP puede pedir soporte técnico para que le diagnostiquen el problema y le resuelvan las dificultades.

PARTICIPANTE: ¿Qué pasa si transcurren 15 días sin respuesta?

CONFERENCISTA Lo que les puedo decir en este momento es que el SECOP cuenta con una mesa de ayuda y tienen la obligación de contestar y resolver las dudas; ahora, si no les han contestado sus solicitudes por correo, llamen y pidan el número de su solicitud y les tienen que resolver sus inquietudes.

PARTICIPANTE: (...) había que generar un acta para hacer el cambio, imagínese si ingresamos al día cien contratos con una fecha tentativa, ¿Tenemos que generar cien actas, para que nos hagan el cambio de fecha?

CONFERENCISTA: Como les decía ¿Cuál es la función principal de Gobierno en Línea²⁰¹? No verifica el contenido de la información, ni si las entidades públicas adelantaron bien o mal el proceso, en esa medida sus funciones no son de garante; por eso es que no permite la eliminación de documentos y hasta donde sé esta es la posición dominante basada en la sentencia de la Corte Constitucional 259 de 2008.

El SECOP no verifica el contenido de la información, eso ya es una función a cargo de la entidad, los procesos de contratación quien los dirige son las entidades públicas, quien decide que documentos publican son las entidades públicas, simplemente el SECOP es una herramienta para que ellos lo hagan.

PARTICIPANTE. (...) . Y la eliminación del diario único de contratación, el SECOP emitió hace poco un concepto en el que dice que las modificaciones a contratos suscritos antes del 1 de junio de 2012 se seguirán publicando a través de la Imprenta Nacional, es decir el diario único de contratación, ¿No es contradictorio?

CONFERENCISTA: Conozco un concepto de la Imprenta Nacional. El Decreto 734 de 2012 no incorporo una norma que estableciera que tipo de contratos y de qué cuantía se debían publicar en el diario único de contratación, por lo cual la Imprenta Nacional emitió un concepto al respecto, en donde analizó el artículo 39 y 40 de la Ley 80 de 1993²⁰², y concluyó que todos los contratos se publican en el diario único de contratación.

PARTICIPANTE: Y las modificaciones a contratos suscritos antes del 1 de junio ¿Se publicarán según el 734 en el SECOP?

²⁰¹ Actualmente el sistema está a cargo de la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente

²⁰² Ver LEY 80 DE 1993 (Octubre 28) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

CONFERENCISTA: Los documentos contractuales se deben publicar en el SECOP. El Decreto ley 019 de 20012 estableció que a partir del 1 de junio la publicidad contractual se debe realizar en el SECOP.

PARTICIPANTE: Pero lo que dijo SECOP y le puedo mostrar el concepto como respuesta a un pregunta que se le formuló, era que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, entonces tenía que continuar a través de la publicación que se hacía en la Imprenta Nacional, o sea el diario único de contratación.

CONFERENCISTA: No conozco ese concepto del SECOP. Como dije antes, el estatuto anti trámites estableció el principio de publicidad en el SECOP. Además tiene mucho sentido, ¿Quién lee el diario único de contratación? Nadie, por eso el Decreto Ley 019 de 2012 lo eliminó, y contempló que el mejor medio para cumplir el principio de publicidad es el SECOP, al ser un sistema asequible a cualquier ciudadano a través de Internet.

PARTICIPANTE: Perdón, para clarificar la pregunta, en la entidad que yo trabajo tuvimos un problema de publicación y se llamó a la Imprenta porque no lo alcanzamos a publicar el 31 de mayo hasta las 4 de la tarde que era el plazo que había dado la imprenta para pagar las publicaciones y subirlos al sistema. Entonces llamamos a la Imprenta y nos dijeron, simplemente tiene que publicarlo en el SECOP, ya en la imprenta no se va a publicar absolutamente nada.

SEGUNDA PARTE DE LA CONFERENCIA

VISIÓN PRÁCTICA DEL SECOP.

A Continuación señalaremos de manera general alguna información y documentos que se encuentran publicados en el SECOP que puede ser de utilidad para la gestión o entendimiento de los procesos contractuales.

- En el SECOP se encuentra publicada la TRM para realizar las convocatorias a Mipymes, según el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo). Esta TRM es fijada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para mantener los compromisos internacionales de Colombia, entre ellos los provenientes de los Tratados de Libre Comercio (TLC).
- Los acuerdos internacionales que Colombia ha suscrito de trato nacional en materia de Compras Públicas. Esta información es importante para poder aplicar el principio de reciprocidad, el cual fue explicado en la exposición sobre Protección a la Industria Nacional.
- El listado de países con los cuales Colombia aplica el principio de reciprocidad sin que exista un acuerdo comercial o tratado de libre comercio.
- El “manual explicativo de los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales negociados por Colombia para entidades contratantes”, elaborado por

el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) que explica cómo afecta los tratados celebrados por Colombia en materia de Compras Públicas a nuestros procesos de contratación.

- Los certificados de Indisponibilidad. Las fallas técnicas que impiden la utilización del SECOP están registradas y reportadas en el sistema a través de los certificados de indisponibilidad.
- La Tabla de CONPES 3714 de 2011 que permite aplicar las recomendaciones y calcular los riesgos previsibles en la forma indicada en dicho documento.

Les agradezco su atención, muchas gracias.

ANEXO 2

Taller práctico sobre el Registro Único de Proponentes – RUP

Noviembre 20 de 2012

Conferencistas: Dras. Ximena Portilla y Diana Morales.

Buenos días, mi nombre es Ximena Portilla, soy abogada del Departamento de Registro Único de Proponentes, en esta mañana vamos a exponer el tema del Registro Único de Proponentes, cuál es la nueva reglamentación que introdujo el Decreto 734 del 2012²⁰³ específicamente sobre la función de verificación documental que le asiste a la Cámara de Comercio y sobre los requisitos que los proponentes deben cumplir para poder inscribirse en el RUP, pues para efectos de organización, vamos a dejar al final de la charla todas las preguntas que surjan frente al tema.

Bueno, la agenda que vamos a abordar el día de hoy es la siguiente: vamos a hacer una breve mención de la normatividad que regula el Registro Único de Proponentes, énfasis en cuál es el régimen de transición que establece el Decreto 734, cuales son los cambios y beneficios frente al Registro Único de Proponentes que propone esta norma, cuáles son los requisitos habilitantes donde vamos a desarrollar cuales son los documentos que el proponente debe presentar como soporte de su solicitud de inscripción, actualización o renovación.

Vamos a hablar sobre el tema de la clasificación, que es uno de los temas que ha tenido mayores cambios y finalmente haremos una mención del recurso de reposición e impugnación antes de entrar a hablar sobre la manera correcta de leer el certificado que expiden las Cámaras de Comercio y la función que tienen las entidades estatales de reportar de manera mensual a las cámaras la información de contratos, multas y sanciones.

Bueno, frente al tema de la normatividad como nos mencionaba anteriormente el doctor Jorge, es importante establecer que el Registro Único de Proponentes fue creado a partir de la Ley 80 de 1993²⁰⁴ específicamente en su artículo 22 el cual fue modificado por el artículo sexto de la Ley 1150²⁰⁵, entonces este Registro Único de Proponentes es uno de

²⁰³ Op. Cit.

²⁰⁴ Op. Cit.

²⁰⁵ Op. Cit.

los registros que el estado ha delegado en las Cámaras de Comercio en virtud de la Ley y este registro tiene un esquema que permite unificar la información de los proponentes.

Posteriormente el artículo 221 del Decreto 19 del 2012²⁰⁶ entra a modificar también lo que tiene que ver con el Registro Único de Proponentes y tiene grandes cambios como son: la eliminación de la calificación, que más adelante vamos a hablar qué es la calificación, también toca el tema de la formalidad de los documentos con antelación a esta norma todos los documentos soportes que presentaba el proponente se deberían allegar firmados en original y en copia autenticada.

En virtud del Decreto 19 los únicos documentos por parte del proponente que se deben allegar firmados en original y copia y autenticada es el formulario RUP que es el formulario actual aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio pues es el órgano que vigila a la Cámara de Comercio y la certificación de veracidad de la información, que más adelante vamos a ver qué contenido debe tener ese certificado de verificación y quien la debe expedir.

Bueno, también tenemos en el Decreto 19 de 2012, el tema de la posibilidad que tienen las personas naturales profesionales de calcular su experiencia probable a partir de la fecha de terminación o aprobación del pensum académico.

Bueno, el Decreto 1464 de 2010, es el Decreto que entra a reglamentar de manera parcial la Ley 1150 del 2007²⁰⁷ en lo atinente a la verificación documental que le asista a la cámara de comercio y a los requisitos que deben cumplir los proponentes para poderse inscribir en el RUP, es muy importante que tengan en cuenta que este Decreto 1464 del 2010²⁰⁸ se aplicó hasta el 31 de agosto de este año; ya a partir del 01 de septiembre del 2012 se empezó a dar plena aplicación a lo establecido frente al Registro Único de Proponentes del Decreto 734 del 2012²⁰⁹ ¿por qué razón? Porque tal como se prevé en el régimen de transición hasta tanto las Cámaras de Comercio no hayan adaptado todas sus herramientas tecnológicas pues no empezaban a dar aplicación, fue a partir del 01 de septiembre donde ya contábamos con todas las herramientas actualizadas y con nuestro formulario conforme a los requisitos de la nueva normatividad y por eso a partir del 01 de septiembre se empezó a recibir solicitudes por de parte de los proponentes ya cumpliendo con los requisitos de esta nueva normatividad.

²⁰⁶ DECRETO 19 DE 2012(Enero 10)Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>.

²⁰⁷ Op.Cit.

²⁰⁸ Op. Cit.

²⁰⁹ Op. Cit.

Y finalmente tenemos el Decreto 1397 del 2012²¹⁰ que como ya nos habló el doctor Jorge Beltrán pues es el que tiene que ver exclusivamente con la modificación del K residual que es importante que tengan en cuenta, las cámaras de comercio no lo verifican, los proponentes tampoco suministran esa información en el formulario de proponentes y que pues les corresponde su cálculo única y exclusivamente a las entidades estatales.

Bueno, frente al régimen de transición, hay tres reglas fundamentales: la primera de ellas es la que tiene que ver con la inscripción, ¿qué dice la norma en este tema?, que cualquier proponente que pretenda inscribirse a partir de 01 de septiembre de 2012 en el Registro Único de Proponentes o que habiéndose inscrito en el RUP, haya dejado cesar los efectos de su inscripción por no haber presentado su renovación en tiempo, esa solicitud de inscripción se presentan ante las cámaras de comercio debe cumplir con todos los requisitos establecidos en el Decreto 734 , es decir, ya para ellos es obligatorio que esa información que van a suministrar a la Cámara de Comercio ya estén ajustados a los requisitos de la nueva normatividad, esa es la primera regla que establece la norma en el artículo 6.4.6 del Decreto 734.

La segunda regla es la que tiene que ver con renovación, ¿y qué nos dice la norma en ese tema?, cuando el proponente se encuentra en época de renovar, será ese momento en el cual ese proponente debe ajustar la información de su Registro Único de Proponentes con los requisitos del Decreto 734, es decir ya para ellos es obligatorio que en ese momento de renovar ajusten toda su solicitud con los requisitos de la nueva información, por eso hablando en términos prácticos, cuando un proponente presenta una solicitud de renovación, se va asimilar a una inscripción, ¿en qué sentido? que tendrá que diligenciar todo el formulario de proponentes y allegar todos los documentos soporte, lógicamente solamente en esta oportunidad que estamos en el régimen de transición.

Y la tercera regla es la que tiene que ver con la actualización del registro único de proponentes que es facultativa para el proponente, porque la norma dice que el proponente podrá en cualquier momento ajustar la información de su Registro Único de Proponentes que lo tiene vigente bajo los requisitos del Decreto 1464²¹¹ en cualquier momento cuando lo desee, entonces es muy importante que las entidades estatales tengan en cuenta este régimen de transición ya que es uno de los temas más importantes, pues de este tipo de capacitación .

Bueno también en ese régimen de transición la norma nos habla sobre la prueba plena del certificado, ¿qué quiere decir esto? Que los certificados del Registro Único de Proponentes expedidos por las cámaras de comercio en atención a la información que verifiqué con el fundamento en los requisitos del Decreto 1464 tienen todos los efectos legales y son plena prueba hasta tanto el proponente ajuste o actualice esa información

²¹⁰ Op. Cit.

²¹¹ Op. Cit.

con los requisitos del Decreto 734, mientras que sea así les corresponde directamente a las entidades estatales entrar a hacer la función de verificación documental esto hasta tanto culmine el periodo de transición.

Bueno, esa función de verificación documental que hacen las entidades estatales lógicamente se centrara en la información que no conste en el Decreto 1464, es decir que como es una información nueva que en el momento en que la Cámara de Comercio hizo la verificación documental con fundamento en la normatividad anterior no se verificó, en esa información será la que las entidades estatales entraran directamente a verificar de ahí pues la importancia que tengan en cuenta cuales son los documentos que la Cámara de Comercio exige para que el proponente pueda ajustar o actualizar su RUP con los requisitos del Decreto 734²¹².

Bueno, eso frente al régimen de transición frente a los cambios y beneficios que trae la nueva normatividad, el primer cambio es que se elimina la calificación y el K de contratación, la calificación tenía que ver con la asignación de puntajes a los requisitos de la experiencia probable, capacidad técnica, capacidad financiera, posteriormente con esos puntajes se calculaba la capacidad máxima de contratación que era una fórmula que los proponentes debían calcular que tenía la suma de unos puntajes y unos factores multiplicadores como lo era la capacidad de organización y el factor de paridad internacional que anualmente pues la Superintendencia de Industria y Comercio probaba mediante resolución, al eliminarse la calificación ya no va a haber puntajes por sustracción de materia pues la capacidad máxima de contratación también queda eliminada.

Luego con la nueva normatividad las cámaras de comercio no le van a exigir al proponente que suministre la información de puntajes porque ya no existe tampoco lo que tiene que ver con la capacidad máxima de contratación, eso no se va a certificar con el nuevo Decreto.

Se incorpora la información del tamaño de la empresa, este es un dato indicativo que se encuentra en la primera parte del formulario, donde el proponente nos tiene que informar como lo clasificó su contador o revisor fiscal si lo tiene, si como gran empresa, mediana empresa, pequeña empresa o micro empresa, como soporte de esa información que el proponente nos suministra a la Cámara de Comercio, el soporte documental es una certificación, que vuelvo y les digo debe ir expedida por el contador o el revisor fiscal si la empresa tiene revisor fiscal, donde él nos informa aplicando los requisitos de las Leyes vigentes que pues sería la Ley 590 del 2000²¹³ donde se establecen los criterios de total de activos, total de trabajadores y total de ventas brutas anuales, sabemos que pues esa Ley se modificó por la Ley 1450 del 2011²¹⁴ pero como nos comentaba el doctor Jorge

²¹² Op. Cit.

²¹³ LEY 590 DE 2000 (julio 10). Diario Oficial No. 44.078 de 12 de julio 2000. Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro pequeñas y medianas empresa.

²¹⁴ LEY 1450 DE 2011 (Junio 16) Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43101>.

Beltrán hasta tanto no se reglamente esa norma pues se seguirá aplicando la anterior que es la Ley 590 del 2000, esta clasificación le corresponde única y exclusivamente al contador o al revisor fiscal, la función de la Cámara de Comercio es verificar la coherencia entre la información que el proponente diligencia en el formulario y lo indicado en la correspondiente certificación, entonces esta es una certificación que debe ir acompañada a la solicitud que presente el proponente ante la Cámara de Comercio .

Bueno, otro cambio como les mencionaba es la posibilidad que tienen las personas naturales profesionales que tengan profesiones diferentes a la arquitectura o a la ingeniería de calcular su experiencia probable a partir de la fecha de terminación o aprobación del pensum académico, entonces está es una regla que se añade a la que se conocía anteriormente en el Decreto 1464 de 2010 que era la fecha de grado que conste en el acta de grado o en el título profesional. Bueno, como les mencionaba esa regla no aplica para los ingenieros y arquitectos, porque sabemos que para ellos hay una regla especial.

En cuanto al temas de las clasificaciones, anteriormente con el Decreto 1464 de 2010 teníamos que para las tres actividades genéricas que siempre se han manejado en el RUP que es constructor, consultor y proveedor el mismo Decreto tenía unas clasificaciones que eran alrededor de unas 200 o 300 que para cada actividad se indicaban una especialidades y grupos, entonces teníamos que para constructor en el Decreto se habían dispuesto unas especialidades y grupos de igual manera para la consultoría y para la proveeduría, adicionalmente a esas clasificaciones que ya estaban creadas en el Decreto se podía solicitar por parte de los proponentes, a la Superintendencia de Industria y Comercio la autorización de la creación de nuevas clasificaciones como en muchos casos se dieron.

Este Decreto 734²¹⁵ no trae este tipo de clasificaciones, frente a este tema ¿qué nos dice? que la clasificación es la ubicación que hace el proponente dentro de las clasificaciones que establece el sistema de clasificación industrial internacional uniforme que trae unas clasificaciones de referencia de todas las actividades económicas productivas de manera que el proponente debe ir a ese listado que sabemos que es la revisión 3.1 que es la que actualmente está aplicando la DIAN y por consecuente debe aplicar la Cámara de Comercio, ese proponente debe dirigirse allá a esa revisión 3.1 y mirar en que actividad económica se van a inscribir .

Aquí es muy importante lo siguiente, la función de verificación documental que le asiste a la Cámara de Comercio es cotejar que las clasificaciones que el proponente diligencia en el formulario RUP sean las mismas que ese proponente tiene reportadas en su registro único tributario en la DIAN, esa coherencia debe existir, sabemos pues, que en este orden de ideas las clasificaciones quedarían limitadas a cuatro, una actividad principal y tres secundarias, entonces hay que tener en cuenta esa coherencia y adicionalmente si es un proponente que se encuentra matriculado también tendremos que entrar a verificar

²¹⁵ Op. Cit.

que las mismas actividades económicas que ese proponente tiene inscritas en registro mercantil, entonces para el tema de las clasificaciones el soporte documental será el registro único tributario que el proponente allegue a su solicitud.

Intervención de la Dra. Diana Morales

Estamos recibiendo 50 derechos de petición diarios de proponentes en los cuales nos están solicitando que les expliquemos a las entidades estatales el motivo por el cual no pueden pedir la versión 4.0, la razón es esa, la verificación documental que hace la Cámara de Comercio frente a la clasificación del CIUP con la versión 3.1 porque la verificación se hace frente a las clasificaciones que también tengan registradas en el Registro Único Tributario.

Entonces cuando ustedes hagan el diseño de sus pliegos y en todos los procesos contractuales tener en cuenta eso, ellos solamente les van a poder cumplir a ustedes con el tema de la clasificación CIUP 3.1, en este momento ya la DIAN está trabajando para abordar todo su sistema a la 4.0 y una vez la DIAN haya logrado eso inmediatamente la Cámara de Comercio también hará lo propio, gracias.

Retoma la Dra. Ximena Portilla.

Bueno, eso frente al tema de las clasificaciones, pasamos a otro tema que es la experiencia acreditada que ya es la experiencia que el proponente tiene en un objeto contractual, en esta parte es importante que tengan en cuenta que la experiencia acreditada está dada por la posibilidad que tiene el proponente de acreditar sus diez mejores contratos ejecutados por actividad, esto que quiere decir, que si el proponente se está inscribiendo como constructor, consultor y proveedor podrá reportar para cada una de esas actividades máximo 10 contratos.

Esta experiencia acreditada no es obligatoria, que quiere decir, que si llega una solicitud a la Cámara de Comercio y el proponente no está diligenciando la parte del formulario que corresponde a la experiencia acreditada no es causal de devolución, es optativa, si él quiere la reporta si él no quiere no la reporta, de acuerdo, pero lógicamente si no suministra esa información a la Cámara de Comercio no va a ser susceptible de certificarse.

En la experiencia acreditada el soporte documental es única y exclusivamente una certificación que debe expedir el contador o el revisor fiscal de la empresa si lo tiene donde indique exactamente la misma información que el proponente está suministrando en el formulario, que básicamente es el nombre de la entidad contratante, va a indicar el NIT de esa entidad con la que el contrato, clasificaciones CIUP que le corresponden que le corresponden a ese objeto contractual y aquí es muy importante que los proponentes tengan en cuenta y que las entidades sepan que esas clasificaciones CIUP no necesi-

riamente deben coincidir con las clasificaciones CIUP que el proponente reporto en la parte inicial y que coinciden con su registro único tributario y no necesariamente tiene que ser así, esas clasificaciones CIUP son las que le corresponden a ese objeto contractual que el proponente resume en el formulario y que tiene como soporte documental esa certificación.

En la experiencia acreditada el proponente tiene la posibilidad de utilizar los contratos que el haya ejecutado como integrante de un consorcio o unión temporal caso en el cual debe señalar en el formulario esa situación e indicar el porcentaje del contrato que le correspondió conforme al porcentaje de participación, es decir, cuál fue el valor que ejecuto de ese contrato conforme al porcentaje de participación que tuvo dentro de ese consorcio unión temporal.

Bueno, tenemos el tema de la capacidad de organización que ésta ya está ahora conformada por la capacidad de organización técnica y por la capacidad de organización operacional, entonces este es uno de los grandes cambios porque en el Decreto 1464 teníamos a la capacidad técnica por un lado y la capacidad de organización por otro lado, es decir eran dos factores independientes ahora la capacidad de organización se conforma por capacidad técnica y capacidad de organización operacional.

Bueno, se modifica lo que tiene que ver con la información financiera y se incluyen más indicadores financieros, anteriormente la Cámara de Comercio solamente verificaba y por tanto certificaba los indicadores de endeudamiento, liquidez y patrimonio ahora la Cámara de Comercio va a certificar hasta ocho indicadores financieros, es importante tener en cuenta que estos ocho indicadores no aplican para todas las actividades como por ejemplo la rotación del inventario que aplica única y exclusivamente para la actividad del proveedor.

Los constructores y consultores personas naturales y jurídicas podrán adicionar años de experiencia a su experiencia probable, entonces hay varios conceptos por los cuales un proponente sea persona natural o jurídica constructor y consultor puede adicionar a esa experiencia probable años, puede ser por la publicación de un libro especializado, por semestres de docencia o de investigación pues esto aplicaría única y exclusivamente para las personas naturales, por los postgrados o estudios de especialización que el proponente tenga y por los primeros puestos en concursos arquitectónicos o distinciones profesionales que el proponente tenga, para cada uno de estos conceptos el proponente puede a esa experiencia probable adicionar unos años lógicamente con su correspondiente soporte documental.

En cuanto al tema de la ubicación, esta información no se solicita para los proponentes que se encuentren inscritos en la Cámara de Comercio en cualquiera de sus registros, o sea, registro mercantil o registro de entidades sin ánimo de lucro porque esta informa-

ción directamente se va a compartir directamente de esos otros registros, entonces esa información no se solicita para los proponentes que se encuentren inscritos en los registros de la Cámara de Comercio si lo será para las personas no matriculadas para ellos esa información si es de obligatorio diligenciamiento en el formulario RUP.

Bueno, hay una situación particular que prevé la norma y es para aquellos proponentes que no tengan sus estados financieros aprobados con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, esta situación cuando se presente durante los tres primeros meses, del año es decir, que si durante enero, febrero y marzo del próximo año 2013 un proponente quiere inscribirse en el RUP o quiere renovar y no tiene sus estados financieros aprobados del año inmediatamente anterior, esa solicitud de inscripción y renovación la puede presentar con estados financieros intermedios del año inmediatamente anterior sin embargo aquí hay una obligación clara y expresa para el proponente, que tan pronto como él tenga sus estados financieros aprobados del año inmediatamente anterior debe acudir a la cámara de comercio a hacer la actualización de su información financiera con esos estados a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Las Cámaras de Comercio anteriormente en virtud del Decreto 1464 del 2010²¹⁶ única y exclusivamente de la información que las entidades estatales le suministraban a través de medios electrónicos certificaban lo que tenía que ver con contratos en ejecución, multas y sanciones eso era lo único que la Cámara de Comercio certificaba, sin embargo en virtud del Decreto 734 de esa información las Cámaras de Comercio tienen que certificar todo, ¿esto qué quiere decir? Que en el certificado de proponentes les va a aparecer la información de los contratos que el proponente tenga adjudicados, los que se encuentren en ejecución, los ejecutados y las multas y sanciones que ese proponente tenga, entonces lógicamente el certificado de proponentes va a ser más robusto porque va a tener mucha más información de la que tenía antes frente al tema de información de contrato, multas y sanciones que las entidades estatales hacen llegar a las Cámaras de Comercio.

Bueno, el tema de los certificados digitales, la Cámara de Comercio de Bogotá pone a disposición de los empresarios la posibilidad de solicitar certificados electrónicos en lugar de los certificados físicos y verificar su validez, entonces pues esta posibilidad tiene varios beneficios como por ejemplo el ahorro en términos de desplazamiento e inmediatez de la información, la facilidad porque los proponentes que necesiten su certificado pueden solicitarlos a través de los medios electrónicos que la cámara de comercio de Bogotá disponga para estos efectos y puede cancelarlos con cualquier medio de pago .

La seguridad, ¿por qué razón? Porque la información que se está suministrando a través de un certificado electrónico es exactamente igual a la información que contiene in certificado físico expedido en cualquiera de las sedes de la cámara de comercio, adicionalmente ese certificado se va a expedir en formato PDF, va a tener una firma digital y

²¹⁶ Op. Cit.

un certificado digital con una estampa cronológica emitida directamente por una firma certificadora que en este caso es certificada este es pues uno de los servicios que se ha puesto a disposición de los empresarios teniendo en cuenta que cada vez más es necesario que ellos tengan certificados en tiempo real por el contenido de la información que tiene este certificado.

Bueno, para dar aplicación a los requerimientos de este nuevo Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución 35695 de 2012 aprobó el nuevo esquema de formularios que va a manejar el Registro Único de Proponentes, entonces es a manera de invitación para que cualquier persona que esté interesada lo pueda consultar.

Ahora vamos a hablar sobre los requisitos habilitantes, cuáles son los requisitos habilitantes en esta nueva normatividad: tenemos en primera medida la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, en el tema de la capacidad de organización es importante que tengan en cuenta como está conformado por la capacidad de organización operacional y la capacidad de organización técnica esta también concurre y serian requisitos habilitantes.

Los documentos generales que deben acompañar a cualquier solicitud que el proponente presente ante la Cámara de Comercio son los siguientes: en primera medida está el Registro Único Tributario, porque ese es el documento soporte que la Cámara de Comercio verificara para mirar las clasificaciones CIUP que el proponente está inscribiendo que como yo les informaba esa es la información tiene que ser exactamente igual e incluso en el mismo orden teniendo en cuenta que en la DIAN pues clasifica una actividad principal y hasta tres secundarias .

La declaración del proponente sobre la información presentada en RUP, este es uno de los documentos que el proponente debe allegar firmada en original o copia autenticado y es la certificación que emite directamente el representante legal de la persona jurídica o directamente la persona natural donde indica la información que está suministrando tanto en la formulación como en el documento soporte es veraz y que cada uno de los documentos están firmados por las personas que lo suscriben.

Esta la declaración de cumplimiento del artículo 50 de la Ley 789²¹⁷ que es el cumplimiento de los parafiscales, esta certificación siempre se ha solicitado como un documento que debe acompañar a cualquier solicitud que el proponente presente ante la Cámara de Comercio y no aplica única y exclusivamente para las sociedades extranjeras, para cualquier otro proponente es un documento obligatorio.

²¹⁷ LEY 789 DE 2002 (Diciembre 27) Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 975 de 2004 , Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 973 de 2005, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 2190 de 2009 , Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1160 de 2010. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

Adicionalmente a eso pues, siempre se debe allegar la copia simple de la tarjeta profesional del contador o revisor fiscal y la certificación expedida por la junta central de contadores, pues donde constan los antecedentes, si ya la copia de la tarjeta profesional reposa en la Cámara de Comercio pues es un documento que no se debe allegar, la certificación de la junta central de contadores ha de tener vigencia de tres meses pues es un documento que perdería su vigencia, por tanto siempre se debe allegar.

Bueno en el tema de la capacidad jurídica, para las personas naturales siempre se debe acompañar una copia simple de la cedula de ciudadanía y el Registro Único Tributario, para las personas jurídicas si toda la información de la capacidad jurídica la verificamos directamente en nuestro registro, en registro mercantil para verificar las condiciones de la experiencia probable y de la representación legal.

En el caso de que estemos hablando de personas jurídicas que no se encuentren inscritas ni en registro mercantil, ni en registro sin ánimo de lucro nosotros vamos a solicitar un certificado de existencia y representación legal expedido por la entidad competente, ese certificado de existencia y representación legal debe tener un requisito y es que no puede tener una fecha de expedición superior a dos meses pues contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el RUP, adicionalmente a eso, hay unos datos específicos que debe contener ese certificado como es el nombre del proponente, las modificaciones que ha tenido esa razón social, la duración, la fecha de constitución o adquisición de la personería jurídica, el documento a través del cual obtuvo su personería jurídica y las facultades del representante legal.

Para el cálculo de la experiencia probable tenemos varias reglas, si estamos hablando de una persona jurídica siempre se verificara acudiendo a la fecha de reconocimiento o adquisición de la personería jurídica que en ese caso tenemos que verificar de qué tipo de sociedad se trata, si es una SAS pues acudiremos a la fecha en que el documento privado se inscribió en la Cámara de Comercio, si estamos hablando de una sociedad limitada o sociedad anónima acudiremos directamente a la fecha de la escritura pública de constitución, esta información si se trata de una persona matriculada pues la obtendremos directamente de nuestro registro, esa es la primera regla que se debe aplicar para el cálculo de la experiencia probable de las personas jurídicas .

Hay una disposición especial que aplica única y exclusivamente para las personas jurídicas constructores, consultores y proveedores que tengan una experiencia probable inferior a 60 meses es decir, 5 años, ellos tienen una posibilidad y es que pueden acudir a la experiencia de sus socios entonces o pueden calcular su experiencia probable a partir de la fecha de constitución o de la personería jurídica o pueden acudir a los años de experiencia de los socios, si escogen esta segunda regla ellos deben allegar como soporte de esa información una certificación expedida por el contador o el revisor fiscal donde nos indique que para el cálculo de la experiencia probable acudieron a los años de expe-

riencia de los socios, deberán indicar el nombre de los socios, cuales son los años y si es más de un socio deben realizar el promedio aritmético y ese es el valor en años que debe indicar en el formulario de proponentes, en este caso si aplican esta regla para adicionar años a su experiencia probable podrán tomar esos años adicionados directamente de los socios, es decir, si es una persona jurídica y acudo a la experiencia de mis socios puedo adicionar años por libros, semestres de docencia, por estudios de postgrado o estudios de especialización.

En las personas naturales hay varias reglas dependiendo si son profesiones diferentes a la arquitectura o a la ingeniería, entonces la regla general es que para cualquier persona profesional, persona natural profesional tienen dos posibilidades para calcular la experiencia probable, acudiendo a la fecha de terminación o aprobación del pensum académico que es la modificación que introdujo el Decreto 19 de 2012 o acudiendo a la fecha de grado que figure en el acta en el título profesional, si aplica la primera regla debe allegar un soporte documental que es la certificación expedida por la entidad de educación superior en donde conste la fecha en que ese proponente que se está inscribiendo termino o aprobó sus estudios, si acuden a la segunda regla que es la fecha de grado pues puede allegar dos documentos o la copia simple del acta de grado o la copia de su título profesional.

La excepción esta para los arquitectos y los ingenieros que para ellos si el cálculo de la experiencia probable se hace a partir de la fecha de expedición o matricula profesional, para efectos de verificar esa fecha la Cámara de Comercio solicita al proponente que debe allegar copia de la tarjeta profesional donde figure la fecha de expedición de la misma, hay algunas tarjetas profesionales que no contienen ese dato en ese caso podrá ser la entidad competente que inscriba una certificación donde conste esa información, pero para los ingenieros y arquitectos si es obligatorio aplicar esa regla de cálculo.

Otro caso particular es para los proponentes personas naturales que se inscriben como proveedores en este caso independientemente de que ese proveedor persona natural sea profesional o no para ellos la regla de cálculo de la experiencia probable es que se debe calcular a partir de la fecha del contrato más antiguo. Para acreditar la fecha del contrato más antiguo, ese proponente debe allegar cualquiera de los dos documentos que les voy a mencionar, uno puede ser la certificación de la entidad con la que contrataron donde conste la fecha del contrato más antiguo, se indiquen todos los datos del proponente y que se cumple además que ese contrato se cumplió a satisfacción si el proponente no llega a contar con esa certificación de la entidad con la que contrato puede allegar a un auto de declaración donde indica cual fue la fecha de contrato más antiguo pues es importante para los proponentes que ellos sean coherentes entre la fecha que indican en esa certificación y el número de años que indican en experiencia probable como proveedor.

Bueno ese es el requisito habilitante de la experiencia probable, en el tema de la capacidad financiera como mencionaba tenemos hasta ahora ocho indicadores financieros, está la liquidez, el capital real, el capital de trabajo, el nivel de endeudamiento, el indicador EVIBDA, la rotación del inventario, el indicador de crecimiento EVIBDA e indicador de riesgos.

Estos indicadores no son obligatorios para todas las actividades entonces hay que verificar para cuales si son obligatorios como les ponía de ejemplo la rotación de inventario es una información que solamente es obligatoria para el caso de los proveedores incluso hay casos particulares en los cuales los proveedores no manejan inventarios luego para ellos no va aplicar la rotación del inventario, en ese caso nosotros pues le solicitamos al proponente que su contador o revisor fiscal certifique esa situación, que para ellos no aplica el indicador financiero rotación del inventario porque ellos no manejan inventarios.

Como soportes documentales de la información financieros, primero tenemos los estados financieros con fecha de corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, como todos sabemos los estados financieros básicos son cinco, que son el balance general, el estado de resultados, el estado de cambios en la situación financiera, el estado de cambios en el patrimonio y el flujo de efectivo.

Que es única y exclusivamente para las personas naturales o jurídicas que se clasifican como gran empresa, en ese caso ellos si deben allegar los cinco estados financieros básicos incluyendo sus notas porque las notas son parte integral de esos estados financieros, si el proponente se clasifica como mediana empresa, pequeña empresa o microempresa, será suficiente para acreditar la capacidad financiera, el balance general, el estado de resultados y sus respectivas notas.

Adicionalmente a los estados financieros también se solicita una certificación expedida por el contador o el revisor fiscal donde nos deben indicar cada una de las cuentas que integran los indicadores financieros y además en esa certificación ese contador o el revisor fiscal indica que esas cuentas fueron tomadas de los estados financieros allegados, entonces la información que ese contador o ese revisor fiscal firma pues lógicamente de responsabilidad exclusiva de él, entonces pues siempre a los proponentes solicitamos que revisen muy bien esa información antes de presentarla a la Cámara de Comercio para que no vaya a presentar ninguna inconsistencia.

Aquí en la función de verificación documental que le asiste la Cámara de Comercio es verificar que la información financiera que el proponente está diligenciando en el formulario RUP sea exactamente igual a la indicada en los estados financieros y en la certificación, pero adicionalmente si estamos hablando de un proponente matriculado debemos verificar que las cuentas del activo corriente, pasivo corriente, activo total,

pasivo total y utilidad operacional sea la misma información, tengan los mismos valores que ese proponente informó a la Cámara de Comercio cuando renovó la matrícula, entonces la coherencia tiene que haber entre formulario, estados financieros, certificación del contador o revisor fiscal y registro mercantil, esa es la función de verificación que debemos hacer.

En cuanto a la capacidad de organización, tenemos la capacidad de organización técnica y la capacidad de organización operacional, en la capacidad de organización técnica el proponente va a informar en el formulario RUP el número de personas que tiene vinculadas contractualmente para desarrollar cada una de las actividades en la que se inscribe sea constructor, consultor proveedor.

En el formulario y en la certificación soporte que es la certificación que expide el representante legal debe indicarse el total de personas que él proponente tiene vinculadas contractualmente para desarrollar cada una de esas actividades, será en el formulario del RUP donde ellos van a discriminar de ese total de personas cuantos socios, cuantos profesionales universitarios, administrativos, operativos y tecnólogos, siempre la información de la capacidad técnica debe ir con un soporte documental que como les mencionaba es la certificación del representante legal o de la persona natural donde conste el número de personas que tienen vinculadas contractualmente para desarrollar cada una de esas actividades, en la norma no se especificó qué tipo de contratación es, directa, indirecta, contrato laboral entonces pues esa información no se suministra directamente en la certificación pero si hay la restricción y es que personal debe desarrollar estrictamente las actividades en las que se está inscribiendo el proponente.

En cuanto a la capacidad de organización operacional tenemos que única y exclusivamente aplica para los constructores y para los proveedores ya para consultorías esa información no se solicita al proponente y tampoco se certifica, anteriormente con el Decreto 1464 del 2010, si la capacidad de organización se exigía para los constructores, consultores y proveedores actualmente solo está dado para los constructores y proveedores y para ese cálculo el proponente debe allegar una certificación expedida por su contador o por el revisor fiscal donde consten los ingresos brutos operacionales relacionados estrictamente con la actividad en la que se inscriben proveniente de los dos años de mayor facturación de los últimos cinco, siempre y cuando estemos hablando de un proponente que tenga en experiencia probable más de cinco años si estamos hablando de un proponente que tiene más de dos años pero menos de cinco ellos tomaran los ingresos brutos operacionales de los dos mejores años del tiempo de existencia.

Si es un proponente que tiene más de un año pero menos de dos tomaran los ingresos brutos operacionales del periodo continuo en un año y si tiene menos de un año pues los ingresos brutos operacionales que el proponente ha tenido durante todo el tiempo de actividad de la empresa.

Aquí en la capacidad de organización se eliminaron todas las disposiciones especiales, es decir, estos ingresos son los provenientes directamente del proponente, ya no pueden acudir a los ingresos provenientes de consorcios o uniones temporales o los ingresos de los socios, única y exclusivamente los ingresos que el proponente reporta son los que él perciba de manera directa.

Hay una regla especial para las personas naturales que ellos pueden acudir a esa regla o si son personas naturales que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de inscripción hayan estado vinculados contractualmente con empresas estatales o con empresas privadas tomaran como ingresos los ingresos que hayan percibido por conceptos de honorarios y prestaciones sociales, digamos que esa es la única regla que se mantiene frente a la normatividad anterior.

En el Decreto 1464 del 2010²¹⁸ había un concepto que era el de la capacidad de organización mínima, ese concepto se eliminó con el Decreto 734²¹⁹ y ahí digamos que esa capacidad de organización estaba dada principalmente para proponentes que digamos, habían empezado, que tenían una experiencia muy baja y teniendo en cuenta que la capacidad de organización era un factor multiplicador de pronto para poder reflejar en la capacidad máxima de contratación los puntajes que tenga por experiencia probable, por capacidad financiera, por capacidad técnica, ya ahora esa capacidad de organización mínima queda eliminada ya no vamos a encontrar esa consideración en el Decreto 734, bueno hasta ahí va el tema de los requisitos habilitantes .

Vamos a hacer una breve mención de los recursos que contempla el Decreto 734, en primera medida está el recurso de reposición, este recurso para poder interponerlo no es necesario que la persona tenga una condición calificada, puede ser cualquier persona, la que puede interponer ese recurso de reposición, lógicamente tiene un término y es dentro de los 10 días hábiles siguientes a la publicación de esa actuación en el Registro Único Empresarial y Social RUES, es decir que cuando cualquier proponente presente ante la Cámara de Comercio una solicitud de inscripción, actualización o renovación y una vez pues ya se verifica por parte de la Cámara de Comercio y se concluye que cumple con todos los requisitos, ese acto se va a inscribir y se publica en el RUES, se cuenta 10 días hábiles siguientes a la fecha de publicación y ese es el término que cualquier persona tiene para poder interponer el recurso de reposición .

Es importante tener en cuenta sobre que debe versar ese recurso de reposición, no puede ser sobre objeciones o tachas de falsedad debe referirse única y exclusivamente a la función de verificación documental que adelanto la Cámara de Comercio, es decir que si en cualquier momento de ese proceso de verificación, la Cámara de Comercio cometió algún error, no solicitó los documentos soporte que debía solicitar o hay inconsisten-

²¹⁸ Op. Cit.

²¹⁹ Op. Cit.

cias entre la información que se está certificando y la que consta en el formulario de proponentes, esa sería una causal, pero no puede ser sobre falsedad de la información recae única y exclusivamente sobre la función de verificación documental que adelanto la Cámara de Comercio.

Esta también el recurso de impugnación que éste si única y exclusivamente lo pueden adelantar las entidades estatales para este recurso no hay un término, es decir que cualquier entidad estatal cuando advierta irregularidades en un proceso que versen de igual manera única y exclusivamente sobre el tema de verificación documental que adelanto la Cámara de Comercio pueden interponer el recurso de impugnación, este sí se puede digamos interponer en cualquier tiempo no hay un plazo, ni un plazo límite para poder adelantarlos, hasta ahí va el tema de los recursos.

Vamos a hablar ahora sobre el esquema del certificado de proponente, que ya digamos esto es para efectos prácticos, tenemos el certificado solamente con la información del Decreto 734²²⁰ aquí entra a jugar un papel muy importante el régimen de transición, porque si estamos hablando de una persona que se va a inscribir por primera vez en el RUP pues su certificado será así, solamente con un solo cuerpo que será la información que la Cámara de Comercio verificó con fundamento en los requisitos del Decreto 734 y eso se va a informar en la parte inicial del certificado donde nos dice con fundamento en que normatividad la Cámara de Comercio adelanto la verificación documental que lo podemos ver ahí en la parte inicial del certificado.

Ya este certificado como cumple con los nuevos requisitos, vamos a ver en la primera parte vamos a encontrar las clasificaciones del código CIUP, entonces ahí está la actividad principal que tiene inscrita el proponente, la secundaria y adicionalmente la descripción que tiene, es muy importante que como estamos aplicando la versión 3.1 lógicamente la equivalencia de ese dígito, de esa clase que quedo inscrita en el RUP, va a ser la descripción que está en la versión 3.1 posteriormente están los datos de experiencia probable y ahí pueden la entidad estatal verificar en que actividades se encuentra inscrito el proponente si como consultor y proveedor, en el ejemplo de este certificado pues ahí nos informan que es como proveedor.

Adicionalmente a eso, también a renglón seguido de la experiencia probable vemos la información de la experiencia acreditada, donde va a aparecer toda la información de los contratos que el proponente reporto a la Cámara de Comercio, tenemos la información financiera que al ser proveedor, pues ahí vemos que están, al proveedor le aplican todos los indicadores financieros y al frente están las equivalencias con cada una de las cuentas y con el resultado del indicador financiero.

²²⁰ Op. Cit.

Posteriormente a la información financiera aparece la organización operacional, tenemos la capacidad de organización técnica y la capacidad de organización operacional y finalmente está la fecha en que esa información registrada en la Cámara de Comercio y la fecha en que se publicó él en el RUES y a renglón seguido en la parte final está el aviso de la firmeza donde se indica que esa información quedara en firme transcurridos 10 días hábiles siguientes a la fecha en que esa información fue publicada en el registro único empresarial y social RUES.

Lógicamente si se tratará ya de un certificado, de una información que ya corrieron esos 10 días de firmeza ya aparecería la anotación donde se informa que toda esa información ya se encuentra en firme, entonces este es el primer ejemplo de certificado donde solamente nos aparece la información con fundamento en los requisitos del Decreto 734 de 2012.

Vamos a ver otra parte y ya es un certificado de un proponente que tiene su información firme con el Decreto 1464 del 2010²²¹ pero el ya ajusto su información con los requisitos de la nueva normatividad, entonces ¿cuál sería la correcta lectura que se debe dar a ese certificado? En primera medida va a aparecer todo la información con el Decreto 1464 que ahí hay una anotación donde se informa eso, que la información que aparece a continuación fue verificada por la Cámara de Comercio, fundamento en el Decreto 1464 del 2010 y el artículo 6.1 de la Ley 1250²²², entonces en ese caso si nos aparecerán los puntajes de las condiciones de la experiencia probable, de capacidad técnica, de capacidad financiera y adicionalmente se certificara lógicamente la capacidad máxima de contratación que la vemos ahí al final, ahí está la capacidad máxima de contratación.

Después de que aparece todo la información con el Decreto 1464 y se informa que esa información ya se encuentra en firme aparece otra parte en el certificado que integra el mismo certificado, es importante que lo tengan en cuenta pero ya ahí la Cámara de Comercio informa que lo que está a continuación ya cumple con los requisitos de la nueva normatividad, entonces si nos damos cuenta ya se eliminan todos los puntajes, ya aparece una información diferente y en la parte final nuevamente informa en qué fecha se inscribió esa actuación y se indica que deben contarse 10 días hábiles siguientes a la fecha de publicación para que quede en firme, entonces lógicamente pues toda la información del Decreto 1464 se retirara de ese certificado tan pronto la información del Decreto 734 quede en firme, cuando eso suceda entonces ese certificado tendrá un solo cuerpo y será igual al que vimos en la primera parte.

²²¹ Op. Cit.

²²² LÉY 1250 DE 2008 (noviembre 27) Diario Oficial No. 47.186 de 27 de noviembre de 2008. Por la cual se adiciona un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 y un párrafo al artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 60 de la Ley 797 de 2003.

Bueno esos son los dos modelos de certificados para que puedan ver cuál debe ser la adecuada lectura que se debe dar dependiendo en la situación en la que se encuentre.

Hay otro tema muy importante ya para finalizar es el que tiene que ver con la obligación que tienen las entidades estatales de reportar de manera mensual a más tardar el 15 de cada mes la información que tiene que ver con contratos, multas y sanciones a las Cámaras de Comercio, es importante que tengan en cuenta que la información que van a remitir a las Cámaras de Comercio y es única y exclusivamente de las personas que se encuentren inscritas en el RUP porque es la única posibilidad que tienen las Cámaras de Comercio para darle publicidad a esa información.

Entonces esa obligación está en el artículo 6.1.3.5 del Decreto 734²²³ ahí se indica que las entidades estatales atendiendo a las especificaciones técnicas que se indiquen en las respectivas circulares expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio que para este caso específico es la Circular 20 que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió el 3 de septiembre, ahí en esa circular están todas las especificaciones técnicas que el funcionario encargado debe remitir esta información, debe tener en cuenta para elaborar ese reporte, adicionalmente si estamos hablando de una entidad estatal que vaya a hacer ese reporte por primera vez, este reporte se va a hacer por medios electrónicos para estos efectos las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el domicilio de la entidad deben asignarle a ese servidor público un usuario y una clave para que puedan ingresar a través de la plataforma y hacer la remisión del reporte.

Entonces las entidades estatales que todavía no tengan esa clave y ese usuario deben remitir a la Cámara de Comercio que tengan jurisdicción en el domicilio de la entidad el anexo 4.10 de la circular 20 expedida el 3 de septiembre por la Superintendencia de Industria y Comercio, que ustedes la pueden consultar directamente en la página de la Cámara de Comercio o descárgala de la página de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Diligenciar el anexo 4.10 y adicionalmente a ese anexo deben allegar los documentos que acrediten la representación legal de la entidad que sería la resolución de nombramiento, del representante legal, el acta de posesión, copia simple de la cedula y por otro lado los documentos que acrediten el nombramiento del servidor público encargado de remitir la información que también serían los mismos documentos: resolución de nombramiento, el acta de posesión y la cedula.

Adicionalmente a ese anexo 4.10 y de esos documentos es necesario que acompañen el Registro Único Tributario una copia para efectos de verificar el nombre de la entidad estatal porque la cuenta se va a asignar a ese nombre pero digamos que la responsabilidad lógicamente es del funcionario.

²²³ Op. Cit.

La Cámara de Comercio que reciba la solicitud como respuesta a ese anexo 4.10 vía correo electrónico le va a enviar al funcionario encargado de remitir la información todo el instructivo para que él pueda ingresar a la plataforma del RUES y empezar a hacer sus reportes.

Siempre antes de remitir un reporte a la Cámara de Comercio es importante que el funcionario público encargado de remitir esta información verifique a través del portal del RUE si se trata de una persona que esta matriculada, inscrita en el registro único de proponentes, entonces para estos efectos aquí hay en la página del RUE que es www.rue.com.co, la persona encargada de remitir la información puede ingresar y hacer la consulta en proponentes, entonces ahí tiene varias opciones de consulta y pueden verificar lógicamente en que Cámara de Comercio se encuentra inscrito ese proponente para poder hacer el consecuente reporte.

Aquí también van a encontrar el link que les permite ingresar a la plataforma de reportes del estado RUP, ahí dice Cámaras de Comercio, entonces cuando vayan en primera medida a hacer la búsqueda de ese proponente persona natural o persona jurídica lo pueden hacer a través del buscador para saber cuál es el número del NIT, cual es el número del proponente, como lo vemos ahí en las imágenes, aquí ya escogió la opción de consulta por palabra clave y ahí nos indica en que Cámara de Comercio está, cual es la razón social y el tipo de identificación, que son datos que la persona encargada de remitir la información debe tener para poder elaborar el reporte y de ahí que sea necesario que esta información la tenga antes de empezar a hacer el reporte vía web.

Ya con esa información y una vez la entidad estatal le haya solicitado la clave y usuario a la Cámara de Comercio competente debe ingresar en la parte inicial de este aplicativo y autenticarse pues con los datos que conoce el, aquí va a ingresar y debe seleccionar la Cámara de Comercio a la que va enviar el reporte, entonces es importante que tengan en cuenta que a partir de este aplicativo pueden reportar a cualquier Cámara de Comercio de manera que en la parte inicial van a seleccionar a que Cámara de Comercio le van a remitir ese reporte, ahí van a diligenciar la clave que se solicita que esa va a ser siempre diferente que es una opción pues de seguridad que tiene el aplicativo.

Ya una vez ingresado a la plataforma de la Cámara de Comercio a la que va a enviar el reporte que en este caso el ejemplo es la de Bogotá es importante tener en cuenta que ahí tienen tres opciones, este aplicativo tiene la opción de que el servidor público encargado de remitir la información pueda consultar el estado de los reportes, ¿esto qué quiere decir? Que ese servidor público encargado de remitir la información puede hacer un control de los reportes que ha enviado y que han sido aprobados o que han sido rechazados, pues ahí en la circular de la Superintendencia de Industria y Comercio hay varias causales de rechazo del reporte, una de ellas sería que estemos enviando información de una persona

natural o jurídica que no se encuentre inscrita en ninguna de las Cámaras de Comercio en el RUP en ese caso pues el reporte será rechazado, ahí aparece todo el historial.

La información de la aprobación o la devolución del reporte siempre se le van a informar a ese servidor público a través del correo electrónico que él haya indicado en el anexo 4.10 o sea, todas las notificaciones van a ser a través de ese correo.

Ahí vemos un ejemplo de los correos que se les envían a los servidores indicándoles cuales fueron las causales de devolución, en este caso específico del reporte que enviaron.

Adicionalmente a eso pues hay unas especificaciones técnicas que se han dispuesto para esa información, se indica que debe ser un archivo XML entonces, el servidor público encargado de remitir la información tiene dos posibilidades: una es elaborar su XML y cargarlo en la página y posteriormente enviarlo es una opción o la otra opción que tiene es diligenciarlo directamente a través de la plataforma que tiene la cámara de comercio para estos efectos.

Entonces en la parte del encabezado pues se va a indicar toda la información de la entidad que esa es una información que previamente ya las Cámaras de Comercio la validaron a través del anexo 4.10 y ya la información específica de los contratos, las multas y las sanciones, esa información ya la va diligenciando directamente el servidor público a través del aplicativo.

Entonces pues esta es la herramienta que la Cámara de Comercio ha puesto a los funcionarios para que puedan cumplir la obligación que tienen de reportar la información de contratos, multas y sanciones.

Esta información pues como de toda esta charla concluimos que es muy importante porque así como establecían en el caso específico, el señor pues lógicamente como esta información se contabiliza para certificar las inhabilidades por incumplimiento reiterado, esa tardanza en ese reporte pues puede causar graves perjuicios al proponente, entonces pues valga la oportunidad para invitarlos si aquí hay personas que están encargadas de llevar el reporte de esta información pues se haga juiciosamente porque es de mucha trascendencia para un proponente que esta información realmente le aparezca y la única manera para que esta información se vea reflejada en el certificado de proponentes es que la misma entidad la remita a la Cámara de Comercio, es la única vía.

Pues hasta ahí va la capacitación que teníamos preparada frente al tema del Registro Único de Proponentes, si hay alguna inquietud frente a los temas expuestos pues con mucho gusto la doctora Diana Morales y yo estamos para colaborarles.

Intervención de la Dra. Diana Morales

En el caso de las diferentes entidades también se cuenta con la parte de contabilidad y de revisoría fiscal o digamos el órgano asimilado a ese que es el que se utiliza en las entidades privadas, hasta el momento dentro de la vigencia del Decreto 734²²⁴ no hemos recibido la primera inscripción de una entidad y realmente son muy pocas las entidades que se inscriben en el Registro Único de Proponentes.

Para la experiencia acreditada independientemente que se trate de un proponente persona natural, persona jurídica o una entidad estatal la que se inscribe en el registro, el que va a certificar la experiencia acreditada es el contador o el revisor fiscal del proponente o sea que en el caso de un proponente persona natural si va a acreditar todos los 10 contratos o los que quiera presentar el que le va a certificar y el que va a suscribir esa certificación es su contador, solamente con la certificación del contador o el revisor fiscal.

La función del contador y el revisor fiscal es dar fe de una situación, luego el contador o revisor fiscal juicioso antes de firmar o de hacer la certificación le pedirá al proponente que le muestre la certificación de la entidad para poderlo certificar, pero para cumplir con el requisito ante las Cámaras de Comercio la certificación idónea, el documento idóneo es suscrita por el contador o el revisor fiscal.

Intervención de la Dra. Ximena Portilla

Hubo un cambio bastante grande en el tema de la capacidad técnica porque antes con el Decreto 1464²²⁵ solamente esa capacidad técnica era obligatoria para la actividad de constructor y consultor, para los proveedores era optativa y estaba dada simplemente por un dato indicativo que era el total de personas que el proponente tenía vinculadas para desarrollar esa actividad de proveedor, ahora vemos que ya para constructor, consultor y proveedor se debe indicar el total de personas pero discriminando de ese total quienes están vinculados a esa empresa como socios, como profesionales universitarios, como administrativos, operativos y tecnólogos y adicionalmente pues esa capacidad técnica al hacer parte de la capacidad de organización es ahora un requisito habilitante y ese es también uno de los cambios, pues que se puede evidenciar desde el Decreto 734 en relación con la normatividad anterior.

Claro en ese tema es importante tener en cuenta que las entidades estatales pueden solicitar información adicional que ellos necesiten para sus procesos pero siempre y cuando esa información no haya sido verificada por la Cámara de Comercio, de ahí en adelante si pues necesitan tener información adicional para hacerse un juicio más claro de con que personas van a contratar lo pueden hacer pero siempre bajo en entendido

²²⁴ Op. Cit.

²²⁵ Op. Cit.

que debe ser información que no haya sido sujeta a verificación documental por parte de la Cámara de Comercio.

Intervención de la Dra. Diana Morales

Y ahí en ese punto en el régimen de transición explica que las entidades estatales no pueden obligar al proponente a que ya se actualice con el Decreto 734 de 2012 cuando les lleguen esos casos que están con el Decreto 1464 son ustedes los que van a verificar esos requisitos habilitantes por eso esta capacitación de hoy era muy importante.

Habrà algunas cosas y alguna información del Decreto 1464²²⁶ que les va a servir como es el número de años en la experiencia probable, pero la mayoría de información del 1464 no les va a servir en este momento y van a tenerlo que hacer con el 734.

Si a partir del 1 de septiembre empezó la aplicación del 734²²⁷ es decir que las Cámaras de Comercio el 31 de agosto terminaron de inscribir todos los proponentes con base en el 1464, motivo por el cual en el régimen de transición se dice que no se puede obligar a los proponentes que se encuentran vigentes a que se adapten a la 734 es decir no le pueden solicitar actualizaciones más si el proponente cuando llegue a su época de renovación deberá hacerlo con el 734, es decir vamos a continuar más o menos un año más durante el cual los proponentes estarán actualizando o renovando ya su inscripción con la nueva normatividad, ya no está operando el 1464²²⁸ ni se están haciendo inscripciones ni actualizaciones ni renovaciones, por eso cuando el doctor Jorge Beltrán hablaba ahorita él decía que en la estructuración de los procesos era importante hablar de lo anterior y de lo nuevo porque muy seguramente se van a presentar proponentes que todavía no se encuentren con la nueva información hasta el 31 de agosto del 2013, aproximadamente.

Intervención de la Dra. Ximena Portilla

Y ya en ese momento pues se calcularía aproximadamente que todos los proponentes se han ajustado la información a los requisitos del Decreto 734 de 2012.

Intervención de la Dra. Diana Morales.

Ya hay bastantes proponentes que se están actualizando con el Decreto 734²²⁹, hay muchos, sin embargo todavía por lo que no es la actualización obligatoria todavía tenemos proponentes que están con el Decreto 1464 de 2010.

²²⁶ Op. Cit.

²²⁷ Op. Cit.

²²⁸ Op. Cit.

²²⁹ LEY 734 DE 2002 (Febrero 05) por la cual se expide el Código Disciplinario Unico.<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>.

Le respondo lo mismo que le decía ahorita a la otra persona que preguntaba respecto a las entidades, ahora la norma habla de la experiencia probable cuando tengan menos de 60 meses podrán acudir a la experiencia de sus socios.

No, la norma hablo de socios o asociados, entonces los socios para todas las sociedades que sean comerciales y los asociados en el caso de las entidades sin ánimo de lucro y aplica exactamente igual, no son los asociados y aplica de la misma manera, es decir, si toma la experiencia probable desde la adquisición de su personería jurídica lo puede hacer, esa parte es facultativa, si esa entidad sin ánimo de lucro tiene menos de 5 años podrá si quiere acudir a la experiencia probable de sus asociados.

