

CONTROL DE LEGALIDAD A CONTRATOS ESTATALES¹

PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA BAJO LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 / LEY 1474 DE 2011 / DECRETO LEY 019 DE 2012 / LEY 1508 DE 2012 / LEY 1682 DE 2013 / DECRETO 1082 DE 2015 (PAPEL DE TRABAJO No. 1). PROYECTO DE DEROGATORIA ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL –COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Tabla de contenido

A. PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACION PÚBLICA. CONCEPTO.	
PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES	8
1. LICITACIÓN PUBLICA EN EL ACTUAL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL	8
LIBERTAD DE CONCURRENCIA	10
PUBLICIDAD	12
IGUALDAD ENTRE LICITANTES.....	12
B. PROYECTO DE ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PROYECTO COLOMBIA COMPRA EFICIENTE.....	15
SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA	15
PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL.....	15
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	15
COMPETENCIA	15
IGUALDAD.....	15
INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA	15
DEFINICIONES.....	16
DIRECTORIO DE PROVEEDORES.....	16
PROCESO DE ABASTECIMIENTO.....	16
COMPRA ABIERTA Y EN LINEA.....	16
PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS	17
AGREGACION DE DEMANDA Y HERRAMIENTAS DE DEFINICIÓN DE PRECIOS.....	19
CONTRATACION DE MINIMA CUANTÍA	19
ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN.....	20
NOTIFICACION ELECTRONICA.....	20
C. INICIATIVA PRIVADA (LEY 1508 DE 2012) / DECRETO 1082 DE 2015 / CONTRATOS DE ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA	21
1. ANTECEDENTES	21
a. CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (LEY 1508 DE 2012) / DECRETO 1082 DE 2015.....	22

¹ Elaborado por ERNESTO MATA LLANA CAMACHO. Abogado, especialista y Magíster de Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y autor del libro "MANUAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REFORMA LEY 80 DE 1993". Universidad Externado de Colombia. 1ª edición 2005. 2ª edición 2009. 3ª edición 2013. 4ª edición 2016.

DEFINICIÓN.....	22
VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	24
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS.....	24
REMUNERACION DEL INVERSIONISTA PRIVADO	24
REMISIÓN AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL.....	28
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	29
PLAZO MÁXIMO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	30
PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.....	32
PROCESO DE SELECCIÓN PROYECTO DE ASOCIACIÓN DE INICIATIVA PÚBLICA	32
SISTEMA ABIERTO O DE PRECALIFICACIÓN	33
REQUISITOS PARA ORDENAR LA APERTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN.....	33
PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA.....	37
EN CUANTO A CAPACIDAD FINANCIERA O DE FINANCIACION	39
EN CUANTO A EXPERIENCIA EN INVERSIÓN O ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS.....	39
PROCEDIMIENTO DE PRECALIFICACIÓN	41
CONFORMACIÓN DE LA LISTA DE PRECALIFICADOS.....	41
PROCESO DE SELECCIÓN PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA	41
ETAPA DE PREFACTIBILIDAD	42
ETAPA DE FACTIBILIDAD	44
PROHIBICIÓN DE PRESENTARSE PROYECTOS DE INICIATIVA PRIVADA.....	49
ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LA INICIATIVA PRIVADA	51
PRESUPUESTO ESTIMADO DE LA INVERSIÓN DE INICIATIVA PRIVADA.....	52
ACEPTACION DEL ORIGINADOR DE LA VIABILIDAD DE LA INICIATIVA	52
LICITACION PÚBLICA INICIATIVA PRIVADA REQUIERE RECURSOS.....	52
PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA INICIATIVA PRIVADA NO REQUIERE RECURSOS	53
CONTENIDO DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA	56
REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (RUAPP).....	57
VIGENCIAS FUTURAS DE PROYECTOS DE LA NACIÓN	57
VIGENCIAS FUTURAS DE PROYECTOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.....	58
CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA CON EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO	59
INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA POR PARTE DEL CONTRATISTA	59
ENTREGA DE LA INFRESTRUCTURA AL PRIVADO.....	59
CAUSALES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA	60
NUEVOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	60
SEGUIMIENTO A LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	60
OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES RESPECTO DE PROYECTOS PARA FUTUROS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	60
VIGENCIA DE LA LEY 1508 DE 2012 Y DEROGATORIAS.....	61
DISPOSICIONES FINALES EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 1082 DE 2015	61

b.	PROCESOS DE INICIATIVA PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE.....	62
c.	PROCESOS DE INICIATIVA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE.....	63
d.	RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS QUE EJECUTEN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA BAJO LA MODALIDAD DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	63
e.	PUBLICIDAD EN SECOP DEL REGISTRO DE INICIATIVAS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA	63
2.	FLUJOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA.....	64
3.	ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA	66
	VIABILIDAD TÉCNICA	66
	PUBLICIDAD DE PROYECTOS Y PLANES DE ACCION DE LAS ENTIDADES ESTATALES (LEY 1474 DE 2011)	67
	PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES (DECRETO 1082 DE 2013)	68
	ESTUDIOS PREVIOS.....	69
	ESTUDIOS PREVIOS EN EL ESTATUTO DE CONTRATACION	69
	PROCESO DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL (LEY 1682 DE 2013)	69
	DECLARACION DE UN BIEN INMUEBLE DE UTILIDAD PÚBLICA	70
	SANEAMIENTO POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA	71
	LIMITACIONES, AFECTACIONES, GRAVÁMENES AL DOMINIO Y MEDIDAS CAUTELARES	73
	PROCEDIMIENTO PARA EL AVALUO DE LOS INMUEBLES Y ACTUALIZACION DE CABIDA Y LINDEROS.....	73
	PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO O LA DECISIÓN ADMINSTRATIVA DE DESALOJO Y LA ORDEN JUDICIAL DE ENTREGA DEL INMUEBLE	76
	DISPOSICIONES FINALES PARA EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA	77
	POSICION JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	79
	FALTA DE PLANEACIÓN POR NO ENTREGA DE PREDIOS	79
	LA FALTA DE PLANEACIÓN GENERA OBJETO ILICITO Y LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL	80
	ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	87
	NULIDAD ABSOLUTA POR DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	90
	CASOS PRÁCTICOS SOBRE LA AUSENCIA DE PLANEACION EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES.....	96
	LICENCIAS URBANÍSTICAS (DECRETO 019 DE 2012).....	97
	LICENCIAS AMBIENTALES PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA (LEY 1682 DE 2013)	99
	TRASLADO O REUBICACIÓN DE REDES Y ACTIVOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, DE TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN Y TELECOMUNICACIONES Y LA INDUSTRIA DEL PETROLEO.....	101
	PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN, REUBICACIÓN O TRASLADO DE ACTIVOS Y REDES..	102
	CONTRATOS DE APORTE REEMBOLSABLE PARA EL TRASLADO O REUBICACIÓN DE REDES Y OTRAS DISPOSICIONES	104
	INTERVENTORÍA EXTERNA EN CONTRATOS SUPERIORES A LA MENOR CUANTÍA.....	106
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	106

ETAPA DE PLANEACION.....	106
ESTUDIOS PREVIOS EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 1082 DE 2015	107
TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA	
.....	108
PRINCIPIOS GENERALES.....	109
AVISOS DE CONTRATACIÓN FUTURA.....	109
PLAZOS PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS	110
DOCUMENTOS DE CONTRATACIÓN.....	111
ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	111
ADENDAS.....	112
CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN	112
LISTAS MULTIUSOS.....	113
LICITACION SELECTIVA (PRECALIFICACIÓN)	113
INFORMACIÓN SOBRE LAS DECISIONES DE LA ENTIDAD CONTRATANTE	113
CONTRATACION DIRECTA.....	114
RECEPCION Y APERTURA DE OFERTAS.....	115
ASEGURANDO LA INTEGRIDAD EN LAS PRACTICAS DE CONTRATACION PÚBLICA	115
REVISION NACIONAL DE LAS IMPUGNACIONES DE LOS PROVEEDORES.....	116
DEFINICIONES.....	116
DEBER DE ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES ESTATALES	117
DETERMINACION DE LOS REQUISITOS HABILITANTES.....	117
EVALUACIÓN DEL RIESGO	118
DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN DESARROLLO DE ENCARGOS FIDUCIARIOS O	
CONTRATOS DE FIDUCIA.....	118
DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA	118
DISPONIBILIDAD DE RECURSOS PÚBLICOS.....	118
PUBLICIDAD PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES.....	119
AVISO DE CONVOCATORIA	120
ACTO ADMINISTRATIVO ORDENANDO LA APERTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN... 121	
PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA APERTURA DEL PROCESO	
DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA	121
PUBLICACION PLIEGOS DEFINITIVOS.....	122
PUBLICIDAD DE AVISOS EN SECOP	122
AUDIENCIA DE ACLARACIONES Y DE DISCUSIÓN DE RIESGOS. ADENDA PRORROGA	
PLAZO DE PRESENTACION DE PROPUESTAS	122
PLAZO PARA PRESENTAR PROPUESTAS	124
PLAZO PARA PREPARAR Y PRESENTAR PROPUESTAS	124
SOLICITUD DE ACLARACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	124
ADENDAS	125
NULIDAD DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES POR VIOLACIÓN ART. 13 C.P.....	126
ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.....	128
SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.....	128
PUBLICACION EN SECOP RESPUESTAS A LAS ACLARACIONES SOLICITADAS POR LOS	
INTERESADOS	129
RECEPCIÓN DE PROPUESTAS	129

EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.....	130
PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD.....	130
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	130
PRINCIPIO DE SUBSANACION DE PROPUESTAS.....	130
JURISPRUDENCIA PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD.....	131
OFERTA CON VALOR ARTIFICIALMENTE BAJO.....	141
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	141
OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.....	141
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	142
RECHAZO DE LAS PROPUESTAS.....	142
PRORROGA DEL PLAZO PARA EVALUAR LAS OFERTAS.....	142
INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.....	142
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	143
ETAPA DE SELECCIÓN.....	143
PLAZO PARA ANALIZAR LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.....	143
ADJUDICACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN AUDIENCIA PÚBLICA.....	143
REGLAMENTACION DE LA AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN.....	144
PUBLICACIÓN DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN.....	147
DECLARATORIA DE DESIERTA.....	147
PUBLICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARANDO DESIERTO EL PROCESO DE SELECCIÓN.....	147
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	147
ETAPA DE LA MANIFESTACIÓN POR ESCRITO DEL ACUERDO Y PUBLICIDAD DEL CONTRATO.....	148
ETAPA DE EJECUCIÓN.....	148
ETAPA DE LIQUIDACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES POST-CONSUMO Y POST- CONTRACTUALES.....	148
PUBLICACION DE LOS DOCUMENTOS DEL PROCESO DE SELECCIÓN.....	148
PUBLICACION DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	149
OBLIGACIONES POSTERIORES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.....	149
4. ANALISIS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LICITACION PUBLICA.....	150
a. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. NATURALEZA JURIDICA.....	150
b. CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA.....	152
REGULACION LEGAL DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.....	152
PONDERACION EN LA COLISION DE PRINCIPIOS.....	152
JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.....	155

EL MODELO DE REGLAS/PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY JUSTIFICACION DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD	157
ACCION DE TUTELA PROTECCION DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 13 C.P.)	161
AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS JUDICIALES	162
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	164
REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS	164
PROHIBICIÓN DE EXIGIR CERTIFICADOS DE GESTIÓN DE CALIDAD	164
PROHIBICIÓN DE COBRAR LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	164
VERIFICACIÓN DE LA AUDIENCIA DE ACLARACIONES Y DE DISCUSIÓN SOBRE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO	165
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)	166
GESTIÓN DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO	166
PROMOCION AL DESARROLLO	166
REGLAMENTO DE LA PROMOCION AL DESARROLLO DE MIPYMES	167
REGULACION REGLAMENTARIA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	168
INTEGRACIÓN DE COMITÉ ASESOR.....	171
CLAUSULAS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	172
INFORMACIÓN GENERAL.....	172
OBJETO DEL PROCESO DEL PROCESO DE SELECCIÓN	172
PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	173
CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (C.D.P.)	173
RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE	173
CRONOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN	174
VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS.....	174
INTRODUCCION	174
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	175
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACULTAD ADMINISTRATIVA DE CONFIGURACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	176
LOS LÍMITES QUE DEBE RESPETAR LA ADMINISTRACIÓN AL EJERCER LA ANOTADA FACULTAD	177
PRIMERA JUSTIFICACION DE LA CLAUSULA VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS	180
SEGUNDA JUSTIFICACION DE LA CLAUSULA VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS	182
COMENTARIOS FINALES	184
REGULACIÓN DE LA SOLICITUD DE ACLARACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.....	184
DIRECCIÓN DE CORRESPONDENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL	185
CLÁUSULA QUE GARANTICE LA CONVOCATORIA A LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS.....	185
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES	185
CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN	187
REGLAMENTO DEL REGISTRO UNICO DE PROPONENTES (Subsección 5 Decreto 1082 de 2015)	190
INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y CANCELACIÓN DEL RUP	190
INFORMACIÓN PARA INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN O ACTUALIZACIÓN	191
REQUISITOS HABILITANTES CONTENIDOS EN EL RUP	192
FUNCIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO.	193

INFORMACIÓN DE MULTAS, SANCIONES, INHABILIDADES Y ACTIVIDAD CONTRACTUAL.....	194
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE).....	194
DIRECTORIO DE PROVEEDORES.....	194
CLÁUSULA QUE CONTenga LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.....	196
CLÁUSULA QUE CONTenga LA ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA DEL PERSONAL MÍNIMO PROPUESTO PARA EL CONTRATO CUANDO A ELLO HAYA LUGAR.....	197
CLÁUSULA DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS ALTERNATIVAS.....	197
DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA.....	198
CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA.....	198
DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL CUANDO A ELLO HAYA LUGAR.....	198
ACREDITACIÓN DE EXISTENCIA DE PERSONA NATURAL O JURÍDICA.....	199
PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA.....	200
DOCUMENTO PARA ACREDITAR LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.....	201
DOCUMENTO PARA ACREDITAR EXPERIENCIA DEL PERSONAL MÍNIMO PROPUESTO PARA EL CONTRATO CUANDO A ELLO HAYA LUGAR.....	201
CLÁUSULA DE EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA.....	201
CLÁUSULA DE RELACION DE IMPUESTOS NACIONALES O TERRITORIALES.....	202
CLAUSULA RELACIONADA CON LA GARANTÍA UNICA.....	202
GENERALIDADES DE LA GARANTÍA ÚNICA.....	202
LA GARANTÍA UNICA EN EL DECRETO REGLAMENTARIO.....	205
RIESGOS QUE CUBRE DE LA GARANTÍA ÚNICA.....	207
VIGENCIA Y VALOR ASEGURADO DE LOS RIESGOS QUE DEBE CUBRIR LA GARANTÍA ÚNICA.....	208
SEGURO DE AMPARO DE BIENES.....	209
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	209
CONTRATO DE SEGURO.....	211
PATRIMONIO AUTÓNOMO COMO GARANTÍA.....	212
GARANTÍAS BANCARIAS.....	214
GARANTÍAS PARA LA CONTRATACIÓN DE TECNOLOGÍA SATELITAL.....	214
CLAUSULA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL.....	215
ANEXO MINUTA CONTRATO.....	215
CRITERIOS DE SELECCIÓN.....	217
PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE).....	219
EVALUACION DE LAS OFERTAS.....	219
FACTORES DE DESEMPATE.....	219
TRATADOS DE RECIPROCIDAD EN LA LEGISLACION NACIONAL.....	220
TRATADOS DE RECIPROCIDAD EN EL DECRETO 1082 DE 2015.....	222
SUBASTA INVERSA EN LA LICITACION PÚBLICA.....	223
5. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE OBRA (papel de trabajo No. 3) ..	224
6. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA..	231
7. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO	235

A. PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACION PÚBLICA. CONCEPTO. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

1. LICITACIÓN PÚBLICA EN EL ACTUAL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993² el legislador reconoce el principio de la publicidad como uno de los principios que deben presidir el ejercicio de la función administrativa, pues garantiza “tanto la igualdad de oportunidades para todos los proponentes, como el adecuado control del proceso de selección”. Es por ello que se obliga a la administración, en primer lugar, a publicar el proyecto de pliegos de condiciones en el portal de contratación y luego una avisos tanto en su propio portal como en el portal de contratación y; por otra parte, dentro del trámite del proceso de selección, a la publicidad del informe de evaluación para que sea controvertido por los proponentes, sin que se pueda aprovechar esta oportunidad para completar, modificar o mejorar las propuestas, para adjudicar en audiencia pública.

Un desarrollo del principio constitucional de igualdad previsto en la Constitución Política se encuentra justamente en el Estatuto General de Contratación, que consagra como principio rector el principio de transparencia³, uno de cuyos pilares es la licitación pública⁴ para efectos de selección de los contratistas que van a asumir la carga de prestarle bienes o servicios que la Administración Pública requiera.

Ese principio de transparencia a que se refería el numeral primero del artículo 24 de la Ley 80, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, pero retomado por la misma norma en el numeral primero del artículo 2º, no solo obliga a las entidades estatales a contratar siempre por licitación pública (salvo con las excepciones que expresamente contempla la ley), sino que además, en concordancia con el artículo 30 de la ley 80 de 1993, contempla otros mecanismos que reflejan esta garantía de igualdad, dentro de los cuales se destaca la obligación por parte de la administración de elaborar unos pliegos de condiciones que establezcan reglas objetivas, justas y claras que garanticen la igualdad de oportunidades para presentar oferta por parte de todo aquel que esté interesado en participar.

² *Gaceta del Congreso* n.º 75 del 23 de septiembre de 1992. Proyecto de Ley n.º 149 de 1992 “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pp. 18 a 19.

³ De acuerdo con la doctrina, la transparencia se presenta en la etapa de formación del contrato y tiene como fin el garantizar la igualdad de oportunidades que se le deben otorgar a quienes participan en la selección del contratista y de la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la entidad. La violación a este principio y en especial a las normas que lo integran “vicia el procedimiento de contratación en forma absoluta y permite demandar la nulidad del contrato”: BENJAMÍN HERRERA BARBOSA. *Régimen de contratación estatal. Principios de la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 39.

⁴ Históricamente, el régimen liberal que surgió después de la Revolución Francesa desconfía de la autoridad pública, lo que se ve reflejado en la limitación de las competencias públicas; por ello –durante el periodo clásico del Estado liberal–, contrario al principio de que la Administración pueda elegir libremente a su co-contratante y establecer sus propias reglas, se consolida el mecanismo de contratación mediante licitación pública como instrumento rígido y reglado (suministrado por la voluntad legislativa) y, por supuesto, restrictivo a los poderes discrecionales de los agentes del Estado. Con la superación del Estado liberal clásico a raíz de la mayor intervención del Estado dentro de la economía, se fue matizando este principio por los desestímulos del procedimiento licitatorio, generando nuevos procedimientos de selección como la licitación privada y la contratación directa. Cfr. JOSÉ ROBERTO DROMI. *Licitación pública*, 2.ª ed., Buenos Aires, Edit. Astrea, 1977, pp. 86 a 89.

Significa lo anterior que todo aquel que se considere idóneo para cumplir con los requisitos previamente definidos, relacionados con la experiencia, capacidad técnica y financiera, y cualquier otro criterio de selección, podrá presentar propuesta técnica, financiera y económica dentro del procedimiento de selección; igualmente podrá formular, durante todo el plazo de la licitación pública, los requerimientos que considere pertinentes para el procedimiento, y la administración deberá darle respuesta. Por su parte, la administración, una vez ordenada la apertura de la licitación, se encuentra obligada a evaluar todas las ofertas presentadas y a dar todas las explicaciones que requieran los proponentes sobre la aceptación o rechazo de las ofertas; y en caso que una o todas hayan cumplido con los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones, deberá proponer un orden de elegibilidad a través de un informe de evaluación, que igualmente será dado a conocer a todos los participantes con el objeto de que presenten observaciones al mismo, para que finalmente la administración pueda tomar una decisión de adjudicación y celebrar el contrato o, en su defecto, optar por la declaratoria de desierta de la licitación si a ello hubiere lugar.

Con igual criterio tienen señalado la jurisprudencia⁵ y la doctrina⁶ que el ordenamiento jurídico le impone a la administración la obligación de realizar licitaciones públicas⁷ para la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la entidad estatal; obligación “cuya omisión genera la nulidad absoluta del negocio jurídico por violación de las normas imperativas de orden público”. Mediante este procedimiento “se protegen los intereses económicos del Estado, porque a través de la libre concurrencia y la oposición se procura la celebración del contrato con el licitante que presente el precio más favorable y ajustado a las condiciones del mercado, evitando los sobrecostos que se podrían derivar de una contratación directa”. Finalmente agrega el autor que “la licitación materializa el principio constitucional de la igualdad ante la ley, al brindarle la oportunidad a todos los asociados de acceso a los beneficios del Estado”, y de paso garantiza un adecuado control de la sociedad sobre la gestión pública, por cuanto este procedimiento garantiza la selección objetiva y la transparencia, evitando la discrecionalidad de la administración.

De acuerdo con Escobar⁸, debe entenderse la licitación pública⁹ como un procedimiento por medio del cual la Administración Pública invita públicamente a todas aquellas personas que reúnan las

⁵ Se ha expresado el Consejo de Estado sobre la finalidad de la licitación pública, señalando que este procedimiento tiene por fin el cumplimiento de dos objetivos específicos, el primero de los cuales es que las entidades estatales estén en capacidad de elegir al mejor contratista de entre un número significativo de propuestas; y el segundo, que se garantice la igualdad de oportunidades entre los interesados que estén en capacidad de presentar oferta. La forma de garantizar estos objetivos se relaciona con las reglas establecidas dentro del procedimiento público de acceso a la libre competencia de los contratistas y con el hecho de proporcionar unas bases de condiciones para el contrato que se va suscribir, sin que intervengan factores que generen discriminación ni favorecimientos, de tal manera que la entidad estatal pueda obtener el mayor número de ofertas para ser comparadas y así efectuar una adjudicación adecuada que se traduzca en beneficios para el interés público. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 14 de abril de 1986, C. P.: EDUARDO SUESCÚN MONROY, citada en *Código Contencioso Administrativo*, Bogotá, Legis Editores, § 3283.

⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Primera Edición 1999. Legis Editores, pp. 145 a 162.

⁷ Artículo 2º ley 1150 de 2007: “1. **Licitación pública**. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”.

⁸ Ob. cit.

⁹ MARIENHOFF define la licitación pública como el procedimiento de selección del contratista donde el número de proponentes o licitantes no tiene limitaciones, por cuanto, como está previsto el procedimiento, pueden concurrir a ésta todas aquellas personas que estén en condiciones de presentar oferta. Cfr. MIGUEL MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. IIIA, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, p. 181. Por su parte, DROMI define la

condiciones y aptitudes para celebrar un contrato, permitiendo la presentación de ofertas en igualdad de condiciones, siempre que los oferentes cumplan los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y de esta manera la administración seleccione la oferta más favorable para sus intereses¹⁰.

Por su parte, la doctrina extranjera¹¹ ha establecido que la licitación tiene su razón de ser (ratio juris) – en relación con el Estado– en que a través de este procedimiento la Administración Pública se garantiza la posibilidad de obtener unas mejores condiciones económicas (por cuanto la puja entre los proponentes para obtener la licitación puede permitir unos ofrecimientos económicos más favorables para la entidad estatal) y, por otra parte (al establecer unas reglas claras y objetivas en los pliegos de condiciones, base del futuro contrato), se garantiza conseguir un contrato que cumpla con las finalidades para las cuales fue concebido, si no en su totalidad, por lo menos en un porcentaje cercano; además, en relación con los particulares, se logra la garantía de mantener la igualdad entre los participantes en relación con la administración, evitando tratos preferenciales o favoritismos¹².

Son tres los principios en que se funda la licitación pública y que informan su régimen jurídico: la libertad de concurrencia, la publicidad y la igualdad entre los licitantes; principios que deben ser respetados por la Administración Pública, pues “cualquier acto de la entidad pública que vulnere estos postulados comporta la nulidad del procedimiento licitatorio por vicio de forma y violación del régimen jurídico”¹³.

LIBERTAD DE CONCURRENCIA

Indica Escobar¹⁴ que la libertad de concurrencia u oposición es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos exigidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que la Administración Pública requiera para el cumplimiento de sus fines; se busca que se presente el mayor número de oferentes e impedir que haya colusión entre los participantes¹⁵. La libertad de concurrencia “es una manifestación jurídica del principio de igualdad ante la ley, recogido en

licitación pública “como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente”: DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1977, p. 92. GONZÁLEZ, por su parte, enseña: “La licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual una persona jurídica estatal, que pretende construir una obra, realizar un servicio, enajenar, adquirir o alquilar unos bienes, bajo condiciones previamente señaladas o estipuladas por ella, convoca a los interesados a la presentación de ofertas a fin de seleccionar la más conveniente, en función de normas anteriormente establecidas y divulgadas”: MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. *La contratación administrativa en Colombia. Doctrina y jurisprudencia*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1990, p. 260.

¹⁰ Artículo 30: “De la estructura de los procedimientos de selección. [...] 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”.

¹¹ MARIENHOFF. Ob. cit., pp. 184 y 185.

¹² En igual sentido se pronuncia el consejero de Estado MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ al afirmar que la licitación busca dos objetivos claros: 1. Proporcionar a las entidades estatales la posibilidad de realizar una contratación más ventajosa, y 2. La posibilidad para los administrados de competir entre sí por la participación de los negocios del Estado: Ob. cit., p. 260.

¹³ De acuerdo con MARIENHOFF, la licitación pública está regida por tres principios esenciales o fundamentales como son: la “oposición” o “concurrencia” entre los proponentes o oferentes; la publicidad del acto, y la igualdad entre los proponentes u oferentes, principios cuya inobservancia vicia a la licitación jurídicamente. Ob. cit., p. 200. Es de aclarar que para ESCOBAR la licitación solo se rige por dos principios, el de concurrencia (allí se encuentra incluido el principio de publicidad) y el de igualdad de licitantes: Ob. cit., p. 154.

¹⁴ Ob. cit.

¹⁵ En este mismo sentido MARIENHOFF. Ob. cit., p. 201.

los artículos 13 y 334 C. P.¹⁶, que se traduce en el derecho de todos los ciudadanos al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado”; de otra parte, se convierte en una prohibición para el Estado imponer condiciones restrictivas para el acceso a dicha licitación¹⁷, salvo las limitaciones a los proponentes sobre capacidad y solvencia económica que atienden el interés público.

Con la libertad de concurrencia se garantiza la participación del mayor número de oferentes, que se traduce en una mayor posibilidad de obtener la propuesta más favorable para los intereses de la entidad estatal; en esos términos se ha expresado el Consejo de Estado, quien ha establecido que las finalidades de la licitación pública son las de obtener, dentro de la gestión de los servicios a cargo del Estado, las condiciones más favorables y, a su vez, garantizar al ciudadano la igualdad de condiciones frente a la gestión administrativa¹⁸.

Para efectos de determinar quiénes serían los más idóneos para participar y posteriormente contratar con el Estado, se le permite a las entidades estatales que establezcan las condiciones técnicas, económicas y financieras que deban cumplir aquellos que están interesados en ofertar, para que así, sobre unas reglas justas y objetivas, se pueda obtener la oferta más favorable para los intereses públicos; lo cual no implica que la Administración Pública esté autorizada para limitar de tal manera la participación que no permita el ingreso de aquellos que podrían prestar los bienes y servicios que el Estado requiera, pues en este caso se estaría en presencia de vicios que generarían la violación del procedimiento licitatorio. Escobar trae a colación una sentencia del Consejo de Estado que declara la nulidad de un acto de apertura de licitación pública, por cuanto se restringió la participación a un grupo de firmas que habían sido previamente precalificadas por la entidad licitante¹⁹.

Concluye el autor en mención²⁰, sobre la libertad de concurrencia, lo siguiente:

Finalmente, la entidad pública tiene el deber de concluir el procedimiento licitatorio, adjudicando el contrato al concursante que haya presentado la propuesta más favorable y que se ajuste a los pliegos de condiciones, a menos que se presentara una causal para declarar desierta la licitación. Se trata de una consecuencia lógica del principio de libertad de concurrencia, que no sólo consiste en el derecho in

¹⁶ Artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

¹⁷ DROMI. Ob. cit., p. 134.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de mayo de 1967, C. P.: ALBERTO HERNÁNDEZ MORA, citada por ESCOBAR. Ob. cit., p. 154.

¹⁹ De acuerdo con lo expuesto en el auto en mención, al definirse la licitación pública como una invitación a contratar a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requisitos que señalen la ley y los reglamentos, se rechaza “que en el acto acusado se restrinja la participación de quienes puedan tener interés en contratar con la Administración y por tal razón admite la demanda y suspende el acto administrativo que ordenó la apertura de la licitación restringiendo la participación a presentar ofertas”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 6 de abril de 1987, exp. 5050, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE.

²⁰ Ob. cit.

abstracto de los concursantes a presentar propuestas dentro del procedimiento licitatorio, sino a que se le adjudique obligatoriamente por la entidad pública al proponente que haya presentado la oferta más favorable.

PUBLICIDAD

Marienhoff²¹ afirma que este principio se encuentra relacionado con el de oposición o concurrencia, e implica que la Administración Pública se encuentra en la obligación de poner en conocimiento el contenido de la licitación a los futuros licitantes, por cuanto, de no hacerlo, no se podría garantizar su asistencia, pues ignorarían la apertura del procedimiento licitatorio; por lo tanto el citado autor recomienda que el llamado del procedimiento licitatorio se efectúe con una adecuada publicidad.

Sobre este particular Escobar²² señala que la publicidad se convierte en un presupuesto esencial de la licitación, por cuanto es a través de este medio que es posible poner en conocimiento de los interesados la información sobre la licitación que se pretende abrir. La publicidad se garantiza cuando la entidad estatal utiliza los medios de comunicación idóneos para hacer conocer la apertura de la licitación; así mismo, se garantiza cuando se utilizan los mecanismos previstos en la ley para este fin, como son las audiencias públicas de aclaraciones, para determinar el alcance de los pliegos de condiciones, y, por otra parte, cuando la entidad procede a adjudicar el contrato mediante audiencia pública.

IGUALDAD ENTRE LICITANTES

Señala Escobar²³ que este principio implica para la licitación que “todos los participantes en el procedimiento licitatorio estén en posición de igualdad, con los mismos derechos y expectativas”; con lo cual se garantiza la transparencia dentro de la contratación administrativa, y se evita que se otorguen privilegios, ventajas o se discrimine a quienes participan en un procedimiento de esta naturaleza, pues obrar en contrario puede generar “favoritismos y colusiones en detrimento del interés público”; por lo tanto –como lo expresa un autor²⁴–, se excluye cualquier posibilidad que permita generar un monopolio, criterios subjetivos para evaluar las propuestas y referencias específicas sobre una marca o rótulo comercial.

La aplicación del principio de igualdad entre los proponentes se rige por dos parámetros normativos, el primero referido a la fijación dentro de los pliegos de condiciones de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de propuestas y, por ende, la selección objetiva del contratista, evitando en la regulación de los pliegos de condiciones criterios subjetivos guiados por motivaciones de afecto o interés; y el segundo, referido a la obligación de mantener durante todo el tiempo que dure el plazo de la licitación (aquel definido dentro de los pliegos de condiciones para presentar oferta) las condiciones fijadas dentro de los pliegos de condiciones, con el ánimo de obtener la propuesta más favorable para

²¹ *Ibid.*, pp. 202 y 203.

²² *Ob. cit.*

²³ *Ob. cit.*

²⁴ DROMI. *Ob. cit.*, p. 137.

los intereses de la entidad. Agrega Escobar²⁵: “En realidad, la igualdad entre los licitantes es una de las múltiples aplicaciones que tiene el principio general de la buena fe en el campo de la contratación administrativa, que le impone a la entidad pública la exigencia ética de obrar con lealtad, honestidad y pulcritud en la etapa de selección del contratista”.

Un aporte importante del mencionado autor²⁶ son las siguientes reglas, que expone para demostrar el desarrollo que el principio de igualdad tiene dentro de la contratación administrativa:

1. La obligación por parte de las entidades estatales de establecer una reglas claras y objetivas de carácter general e impersonal dentro de los pliegos de condiciones, que no permitan ningún tipo de discriminación o exigencia que al final no pueda ser cumplida por nadie o solo por un proponente (num. 5 art. 24, en concordancia con el num. 2 art. 30, Ley 80²⁷).

2. El establecimiento, dentro de los pliegos de condiciones, de un plazo de la licitación razonable para efectos de que los interesados o proponentes puedan tener el tiempo suficiente que les permita conocer el contenido de los pliegos de condiciones y, a su vez, puedan presentar la oferta de acuerdo con las condiciones que deben cumplir y con la naturaleza y el objeto del contrato a celebrarse. Lo anterior hace suponer que antes de la apertura del procedimiento licitatorio ningún interesado o futuro proponente podrá conocer el contenido de los pliegos de condiciones, por cuanto dicho conocimiento le generaría un privilegio en la presentación de las ofertas, al tener un plazo mayor para preparar su oferta (num. 5 art. 30).

3. La prohibición de parte de las entidades estatales de modificar los pliegos de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación, pues de hacerlo se vulneraría el principio de igualdad de los proponentes, por cuanto variar las condiciones inicialmente pactadas podría generar propuestas distintas a las que inicialmente se esperaban.

4. Las propuestas deben cumplir con cada unos de los requisitos contemplados en los pliegos de condiciones, y en caso de no hacerse la entidad estatal está en la obligación de rechazar los ofrecimientos hechos sin el cumplimiento de las bases de la licitación, pues de aceptarse estos ofrecimientos se vulneraría el principio de igualdad. Lo anterior salvo que el incumplimiento de algún requisito no esté vinculado con la comparación de ofertas, pues en este caso la entidad estatal está autorizada para hacer que se subsane el incumplimiento en mención (num. 6 art. 30, en concordancia con el parágrafo 1 del art. 5 Ley 1150).

²⁵ ESCOBAR. Ob. cit., p. 159.

²⁶ *Ibid.*, pp. 159 a 161.

²⁷ Artículo 24: “*Del principio de transparencia.* [...] 5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso; c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, y f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía”. Artículo 30: “*De la estructura de los procedimientos de selección.* [...] 2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 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”.

5. Los oferentes no podrán modificar, complementar, adicionar o mejorar sus ofertas después de haberse efectuado el cierre de la licitación, pues pondrían en una situación desventajosa a quien no tenga la misma oportunidad de realizar cualquiera de estas actividades (num. 8 art. 30, en concordancia con el párrafo 1 del art. 5 Ley 1150).

6. No existe discrecionalidad dentro del procedimiento de licitación para la toma de decisiones en cuanto a la oferta más favorable, por cuanto para ese fin se establecieron previamente, en los criterios de evaluación de los pliegos de condiciones o términos de referencia, las reglas justas y objetivas; lo contrario violaría el principio de igualdad. Lo anterior justifica el hecho de que se prohíba la modificación sustancial de los pliegos de condiciones y, más específicamente, de los criterios de evaluación; modificaciones que están prohibidas tanto durante el plazo de la licitación como en el término que tiene la entidad para evaluar las ofertas.

7. Finalmente, lo que se espera de un procedimiento licitatorio es que se adjudique aquella oferta que sea más favorable para los intereses de la entidad estatal²⁸.

Concluye Escobar²⁹:

El cumplimiento de las reglas anteriores es una condición esencial para el respeto del principio de la igualdad de los licitantes. Cualquier contravención de éstas comporta la nulidad del acto administrativo, sea a través de una adjudicación o declaratoria de desierta, por configurarse un abuso o desviación de poder, que refleja el interés de la entidad pública o de sus servidores oficiales de seleccionar un contratista diferente al que formula la mejor propuesta.

²⁸ Sobre este punto ya nos habíamos referido antes cuando se mencionaron los principios de la licitación y el pensamiento del consejero de Estado GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Cfr. Ob. cit., p. 261.

²⁹ ESCOBAR. Ob. cit., p. 161.

B. PROYECTO DE ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PROYECTO COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

El artículo sexto del proyecto define el Sistema de Compra Pública en los siguientes términos:

Artículo 6. Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública es la estructura organizada para tomar decisiones de gasto público con el propósito de poner a disposición de las personas los bienes, obras y servicios a cargo de las Entidades Estatales, el cual está conformado por los actores del mercado, la regulación y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de aplicar tales regulaciones y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las Entidades Estatales.

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

A su vez el artículo séptimo del proyecto al regular los principio que rigen el Sistema de Compra Pública señala que el mismo está orientado a obtener mayor valor por dinero y luego establece entre otros los siguientes principios que la influyen:

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Las Entidades Estatales deben planear sus Procesos de Abastecimiento a partir de las necesidades que tienen para cumplir sus objetivos estratégicos, sus planes de acción y los planes de desarrollo, teniendo en cuenta las condiciones del mercado y la gestión de los riesgos asociados a la satisfacción de tales necesidades.

COMPETENCIA

Los Procesos de Contratación deben promover la competencia y la competitividad, y estimular el desarrollo del mercado.

IGUALDAD

Todos los posibles proveedores del Estado deben ser tratados de la misma manera y sin discriminación alguna, con las excepciones establecidas en la ley.

INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA

Las Entidades Estatales deben adelantar sus Procesos de Contratación con probidad, diligencia, justicia y razonabilidad. Las actuaciones y decisiones de las Entidades Estatales en el Sistema de Compra Pública son públicas y pueden ser controvertidas de acuerdo con lo establecido en la presente ley. La información del Sistema de Compra Pública debe estar a disposición del público oportunamente, debe representar la realidad y ser confiable.

Respecto de los principios de competencia como estimulación del desarrollo del mercado; igualdad en donde los proveedores deben ser tratado de la misma manera y sin discriminación alguna; integridad y transparencia, en donde en este último caso se invita a las entidades a adelantar sus procesos con

probidad, justicia y razonabilidad, quiere ello decir que las entidades estatales deberán construir procesos de selección en donde solo limiten el acceso al proceso únicamente cuando sea “necesario” para garantizar el cumplimiento del contrato. En otras palabras las exigencias que deben cumplir los licitantes serán únicamente aquellas que le otorguen garantías al estado frente al eventual cumplimiento del contrato por cuanto, no se le puede otorgar un contrato estatal a un contratista que no ofrezca una capacidad técnica, administrativa, de experiencia o financiera para cumplir con el objeto del contrato.

DEFINICIONES

Las siguientes son las definiciones que propone el proyecto y consagradas en el artículo octavo, aclarando que las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica.

DIRECTORIO DE PROVEEDORES

El Directorio de Proveedores es la base de datos unificada de la información de proveedores y de interesados en ser proveedores de las Entidades Estatales, que requiere el Sistema de Compra Pública para el funcionamiento de las plataformas de compra pública abierta y en línea. El Directorio de Proveedores no es un registro público.

Consideramos que de acuerdo con la definición de Directorio de Proveedores, es el instrumento que reemplaza el actual Registro Único de Proponentes.

PROCESO DE ABASTECIMIENTO

El Proceso de Abastecimiento es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal para celebrar negocios jurídicos y gestionarlos que también puede llamarse proceso de aprovisionamiento o proceso de contratación.

COMPRA ABIERTA Y EN LINEA

De conformidad con lo previsto en el artículo 13 del proyecto se establece una obligación legal al revisar la definición de compra abierta y en línea y es que en el Proceso de Abastecimiento de las Entidades Estatales, todas sus actuaciones, etapas, fases e hitos deben surtirse utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones en las plataformas electrónicas dispuestas para el funcionamiento del SECOP. Agrega la norma que la publicidad de los negocios jurídicos y Procesos de Abastecimiento a los que hacen referencia los numerales 3, 4 , 5 (contratos de crédito organismos multilaterales), 13 (los convenios interadministrativos de que trata el art. 95 de la ley 489 de 1998), 15 (contratos con otros estados) y 16 (contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión) del artículo 4 del proyecto debe hacerse a través del SECOP o de los sistemas que para el efecto disponga el gobierno nacional. Y finaliza señalando que SECOP está disponible para los contratos y los Procesos de Abastecimiento a los que hacen referencia los numerales 6 (las concesiones y licencias de recursos naturales y espectro electromagnético), 9 (contratos celebrados por las empresas del régimen de la ley 142 de 1994), 10 (contratos de las empresas de que trata la ley 143 de 1994) y 11 (los

contratos de las empresas industriales y comerciales que compiten con el mercado nacional) del artículo 4 del proyecto.

Con esta norma se pasa de los procesos presenciales a la contratación electrónica en cuanto a los Procesos de Abastecimiento de las Entidades Estatales.

PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

El proyecto consagra las siguientes formas para seleccionar a los contratistas, de acuerdo a lo que más convenga el Proceso de Abastecimiento aplicando para ello los principios del artículo 7º del proyecto (art. 51):

1. *Competencia abierta.* Las Entidades Estatales deben privilegiar la competencia abierta en la selección de sus proveedores de bienes, obras y servicios teniendo en cuenta las características de la necesidad que buscan satisfacer, para lo cual deben invitar al público en general a participar en sus procesos de selección.

2. *Competencia restringida con precalificación.* Las Entidades Estatales pueden restringir la competencia para seleccionar el proveedor a un grupo de precalificados cuando el bien, obra o servicio requiere de condiciones técnicas, financieras, administrativas o de experiencia particulares. Para el efecto, la Entidad Estatal debe señalar la forma y oportunidad para que los potenciales proveedores acrediten las condiciones especiales requeridas, verificar tales condiciones y conformar la lista de precalificados, quienes serán los únicos que pueden presentar oferta.

3. *Competencia restringida con invitación y posterior negociación.* Las Entidades Estatales pueden seleccionar a sus proveedores a través de invitaciones al público en general y fases sucesivas de negociación en las cuales deben cumplir los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley en los siguientes casos:

(a) La especificidad y complejidad del bien, obra o servicio no permiten definir con claridad y precisión los aspectos técnicos y financieros de la contratación.

(b) El objeto de la contratación no es producido masivamente y requiere investigación y desarrollo para que la contratación sea eficaz.

(c) Es necesario compatibilizar el bien, obra o servicio objeto del Contrato con otros bienes, obras o servicios de la Entidad Estatal.

(d) La compra de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la Entidad Estatal.

(e) El arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la

Entidad Estatal.

4. *Compra Pública Innovadora*. Las Entidades Estatales pueden utilizar los siguientes mecanismos de selección de contratistas para solucionar sus necesidades promoviendo la innovación respetando los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley:

(a) Diálogo competitivo. Las Entidades Estatales pueden invitar al público en general a presentar propuestas para solucionar un problema de la Entidad Estatal. El diálogo competitivo debe tener etapas sucesivas para ajustar el alcance de la investigación, de los productos, obras o servicios, a las necesidades de la Entidad Estatal y a sus recursos. La Entidad Estatal debe invitar a presentar una oferta en firme a los participantes que, por tener una propuesta que puede satisfacer la necesidad de la Entidad Estatal, han permanecido en las etapas sucesivas.

(b) Asociación para la innovación. Las Entidades Estatales pueden asociarse con terceros para buscar soluciones innovadoras no existentes en el mercado para sus necesidades. La asociación para la innovación puede tener etapas sucesivas que incluyan procesos de investigación, la fabricación de prototipos o de productos, la construcción de obras y la prestación de servicios. El acuerdo debe incluir las prestaciones recíprocas, la forma de manejar y controlar la inversión.

En la contratación de ciencia, tecnología e innovación la Entidad Estatal puede compartir los riesgos y beneficios de la innovación y renunciar total o parcialmente a los derechos patrimoniales sobre los resultados y a la propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial) en favor del desarrollador, para que este pueda explotar la innovación en el mercado. Adicionalmente, las Entidades Estatales pueden negociar con los participantes las propuestas para mejorar su contenido y mejorar las posibilidades de éxito de la innovación, respetando el principio de competencia. La publicación de las soluciones propuestas y la información suministrada en la contratación de ciencia e innovación requiere de la autorización de quien la propone.

5. *Contratación Directa*. Las Entidades Estatales pueden contratar directamente sin que medie un proceso competitivo en los siguientes casos:

- (a) En el mercado no hay multiplicidad de proveedores.
- (b) Los bienes o servicios objeto del contrato deben ser compatibles con los bienes y servicios existentes en la Entidad Estatal y para estos no hay multiplicidad de oferentes.
- (c) Una persona tiene los derechos exclusivos para el bien, obra o servicio objeto del contrato.
- (d) Urgencia manifiesta.
- (e) Los contratos para la compra de bienes y servicios por un valor total inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

AGREGACION DE DEMANDA Y HERRAMIENTAS DE DEFINICIÓN DE PRECIOS

Las siguientes herramientas están a disposición de las Entidades Estatales para adelantar sus Procesos de Contratación (art. 52 del proyecto):

1. *Acuerdos Marco*. Las Entidades Estatales de la rama ejecutiva del nivel nacional están obligadas a utilizar los Acuerdos Marco en sus Procesos de Contratación. Las demás Entidades Estatales están obligadas a hacerlo cuando ejecutan recursos del Presupuesto General de la Nación y en los demás casos pueden hacerlo. Para la promoción de los Acuerdos Marco, Colombia Compra Eficiente debe:

(a) Invitar al público en general a participar en un Proceso de Abastecimiento de acuerdo con los numerales 1, 2 y 3 del artículo 51 de la presente ley, seleccionar a los proveedores y ofrecer a las Entidades Estatales a través de un catálogo, los bienes, obras y servicios de los proveedores seleccionados y el mecanismo para que estas los adquieran a través de órdenes de compra; o

(b) Invitar al público en general a participar en una selección de acuerdo con los numerales 1, 2 y 3 del artículo 51 de la presente ley destinada a una Entidad Estatal específica, quien posteriormente adquiere a los proveedores seleccionados a través de órdenes de compra los bienes, obras y servicios objeto del Acuerdo Marco; o

(c) Negociar condiciones uniformes de adquisición de bienes o servicios en nombre de las Entidades Estatales con proveedores únicos, cuando estos existen, las cuales son ofrecidas a las Entidades Estatales a través de catálogos; o

(d) Invitar a los proveedores autorizados para prestar un determinado bien o servicio particular a ofrecer a las Entidades Estatales tales bienes o servicios en condiciones uniformes y en un catálogo; o

(e) Invitar a los Grandes Almacenes a publicar sus catálogos para ofrecer a las Entidades Estatales bienes para ser adquiridos a través de órdenes de compra hasta por la mínima cuantía indicada en el artículo 53 de la presente ley.

2. *Subastas y puja en bolsas*. Las Entidades Estatales pueden utilizar mecanismos para permitir a los participantes conformar de forma dinámica su oferta, ajustando las variables de la oferta susceptibles de ser mejoradas en la selección cuando esto sea viable a través de:

(a) las subastas; y

(b) los mecanismos de puja de las bolsas.

CONTRATACION DE MINIMA CUANTÍA

Las Entidades Estatales en los Procesos de Abastecimiento con presupuesto menor al indicado en la siguiente tabla, deben aplicar las normas de selección de contratistas y de evaluación de las ofertas. Entre la fecha de la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la fecha de presentación de las ofertas debe transcurrir por los menos dos (2) días hábiles (art. 53 del proyecto).

Presupuesto anual de la Entidad Estatal en salarios mínimos mensuales legales vigentes	Mínima cuantía en salarios mínimos mensuales legales vigentes
Mayor a 1.200.000	100
Entre 850.001 y 1.200.000	85
Entre 400.001 y 850.000	65
Entre 120.001 y 400.000	45
Menos de 120.000	28

ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN.

De acuerdo con el artículo 59 del proyecto, el Proceso de Abastecimiento tiene cinco etapas a saber: (a) planeación; (b) selección del contratista; (c) manifestación escrita del acuerdo y publicidad del contrato; (d) ejecución del contrato; y (e) liquidación en los términos del artículo 46 de la presente ley y la verificación de las obligaciones post-consumo y post-contractuales.

NOTIFICACION ELECTRONICA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del proyecto, las Entidades Estatales notificarán las decisiones que tomen en los Procesos de Abastecimiento a través del SECOP. Agrega la norma que los usuarios inscritos en el Directorio de Proveedores del SECOP con el registro electrónico aceptan la notificación electrónica de las decisiones que tomen las Entidades Estatales en desarrollo de los Procesos de Contratación. Finaliza señalando que la notificación a los oferentes y contratistas que no están inscritos en el Directorio de Proveedores del SECOP la deben hacer las Entidades Estatales a través de la notificación por aviso prevista en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, la cual la hacen las Entidades Estatales con la publicación de la decisión en el SECOP en el expediente del Proceso de Abastecimiento correspondiente.

C. INICIATIVA PRIVADA (LEY 1508 DE 2012) / DECRETO 1082 DE 2015 / CONTRATOS DE ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA

1. ANTECEDENTES

El párrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establecía la posibilidad de permitir que particulares le pudiesen presentar una oferta para celebrar un futuro contrato de concesión a las entidades estatales, las cuales estaban obligadas a pronunciarse en un término de tres meses, vencido el cual debería señalar la viabilidad del proyecto, y ordenaría la apertura de una licitación pública. En el mismo párrafo se autorizaba a los particulares para que se asociaran en un contrato de promesa de sociedad futura para presentar oferta y en caso de ser adjudicatarios proceder a constituir la persona jurídica prometida con la cual se suscribiría el contrato de concesión. La iniciativa privada fue reglamentada por el decreto 4533 de 2008.

Con la expedición del Decreto 4533 de 2008 el Gobierno Nacional pretendió estimular la iniciativa privada en la confección de proyectos de inversión relacionados con los estudios, diseños, construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por concesión, ya sean construcciones nuevas o concesiones que se encuentren en ejecución. Quien pretendiera presentar un proyecto deberá ajustarse a las formalidades previstas en el decreto reglamentario para que fuera considerado el estudio de su oferta, al igual que acompañar información adicional relacionada con su capacidad y experiencia, sin que se considerara de ninguna manera que se iba a ordenar la apertura del proceso o que se le adjudicaría el contrato, por cuanto la entidad estatal no estaba obligada a adelantar el proceso de selección y en caso de establecer que fuera viable la oferta, se encontrara obligada a adelantar el proceso licitatorio correspondiente.

Es importante resaltar del proyecto la obligación que se le imponía al proponente de la oferta, en cuanto a que no se iniciaría el proceso de selección hasta tanto no constituyera una garantía que amparara la calidad de los estudios realizados y por una vigencia de tres años, y cuyo beneficiario sería el futuro concesionario, a quien debería responder por la idoneidad y calidad de los estudios por él elaborados.

Como ejemplo podemos referenciar lo anunciado por los medios de comunicación³⁰ donde se indicaba en su momento que privados querían construir la vía denominada ALO, la cual sería financiada por los peajes que se recaudaran en la vía Bogotá – Girardot.

Con el proyecto se pensaba conectar la vía Bogotá – Girardot desde el peaje de Chusaca con la autopista Norte en el sitio conocido como Torca, con un total de 49,5 kilómetros y tendría un valor de 578 mil millones de pesos, inversión que se recuperarían pagando 200 pesos de peaje por cada

³⁰ "Privados quieren construir la ALO". Diario El Tiempo. Sábado 17 de Octubre de 2009. Sección segunda pagina 5.

kilómetro. Finaliza el artículo estableciendo que si “la propuesta de CABG es acogida por el Distrito, se abrirá una licitación y la obra se podría terminar en un lapso de tres años y medio, según el proyecto”.

Por los problemas con el grupo Nule este proyecto se frustró. La normatividad actual prohíbe este tipo de propuestas como se verá más adelante.

El párrafo segundo del artículo 32 de la ley 80 de 1993 fue derogado expresamente por el artículo 39 de la ley 1508 del 10 de enero de 2012. La normatividad a aplicar es la que a continuación se expone.

a. CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (LEY 1508 DE 2012) / DECRETO 1082 DE 2015

DEFINICIÓN

Señala el artículo 1º que los contratos de asociación público privadas se definen como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, **para la provisión de bienes públicos y de sus servicios correspondientes,** que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes, y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el **nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.**

Para efectos de lo anterior, el artículo 2.2.2.1.1.2 del decreto 1082 de 2015 nos trae las siguientes definiciones que sirven para integrarse a la definición que para el Contrato de Asociación Público Privada dio la ley 1508 de 2012:

Indicadores de gestión: Instrumento definido por la entidad estatal competente que permite medir el cumplimiento de los objetivos y vincular los resultados con la satisfacción de los mismos. El conjunto de indicadores deberá permitir contar con información suficiente para tomar decisiones informadas.

Estándar de Calidad: Características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato.

Nivel de Servicio: Condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos.

Específico: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es concreto y preciso.

Medibles: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable y que se refiere a algo observable y real.

Oportunos: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión se mide en el momento apropiado.

Pertinentes: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es adecuado para cumplir su objetivo.

Viabiles: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador es susceptible de llevarse a cabo o concretarse.

Unidad funcional de infraestructura: Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá

funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del proyecto de Asociación Público Privada.

Fondos Públicos: Son aquellos que comportan procesos de programación, aprobación y ejecución presupuestal definidos en una Ley particular, diferentes de los contemplados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como es el caso de los recursos provenientes del Sistema General Regalías.

Por ser pertinente para la aplicación de esta norma, se transcribe el artículo 12 de la ley 1682 de 2013 que nos trae la definición de las tres fases de estudios de ingeniería:

Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

...

Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

Fase 1. Prefactibilidad. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

Fase 3. Estudios y diseños definitivos. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción.

Así mismo el artículo 2.2.2.1.1.3 del decreto en mención señala que podrán presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada las personas naturales o jurídicas, aclarando que

cuando se trata de propuestas presentadas por personas jurídicas, estas las podrán presentar respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado³¹. De acuerdo con lo antes expuesto queda confirmada la derogatoria del párrafo del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que consagraba una forma de presentar ofertas como era la promesa de sociedad futura y que no quedó ni en la ley 1508 ni en el decreto reglamentario de dicha ley. Como el artículo 7° de la ley 80 de 1993 aún se encuentra vigente, queda por determinar que el consorcio o la unión temporal también podría presentar ofrecimiento.

VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Luego, el artículo 2° indica que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas, y advierte la norma que todas las concesiones que se celebraron antes de la fecha de promulgación de la ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS

Más adelante, dice el artículo 3.º de la ley en comento que su contenido se aplicará a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Agrega la norma que también podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

REMUNERACION DEL INVERSIONISTA PRIVADO

Como esquema de remuneración del inversionista privado, el mismo artículo 3º de la ley 1508 indica que en estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, y en las condiciones que se pacte; por el tiempo que se acuerde; y con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto así lo requiera.

Aclara el artículo 2.2.2.1.3.1 del decreto 1082 de 2015 que se entiende por desembolsos de recursos públicos al que hace referencia la Ley 1508 de 2012, las erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, o del Presupuesto de las Entidades Territoriales, o de las entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General Regalías.

³¹ Agrega el párrafo del artículo 3º del decreto reglamentario lo siguiente respecto de los Fondos de Capital Privado: "Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones".

Por lo tanto aclara el decreto reglamentario que para los efectos previstos en la Ley 1508 de 2012, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.

Finalmente señala el artículo 2.2.2.1.3.1 *ibidem*, que los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos.

Luego el artículo 2.2.2.1.3.2 del decreto en mención vuelve y reitera que lo referente a que los aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos no constituyen erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales o de otros Fondos Públicos no son desembolsos de recursos públicos.

Agrega la norma que cuando se trate de bienes (muebles e inmuebles agregaríamos) que sea objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos, deberán estar valorados a precios de mercado de conformidad con la normatividad vigente, monto que deberá reflejarse en la estructuración financiera del proyecto como un esfuerzo financiero realizado por las Entidades Estatales respectivas.

Finaliza el artículo 2.2.2.1.3.2 en mención que los aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deben estar relacionados directamente con la implementación y puesta en marcha del proyecto de Asociación Público Privada.

Nosotros consideramos que la redacción de esta norma obligará a revisar nuevamente que es lo que genera el trámite de vigencias futuras y que no, pues en este punto no ha habido consenso. Señala el artículo 10° de la ley 819 de 2003 lo siguiente respecto de las vigencias futuras ordinarias:

El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

...

Por lo tanto, si el trámite de vigencias futuras se relaciona con la ejecución presupuestal y los recursos con los cuales se paga un Contrato de Asociación Público Privada no es un desembolso público (como el pago de un peaje). Entonces cuando no hay aportes estatales ya sea de la Nación o de las entidades territoriales no se requiere adelantar un trámite de vigencias futuras; y solo este trámite sería necesario en caso que el proyecto de Asociación Público Privada requiriera aportes del Estado que sea la Nación o las entidades territoriales, y por supuesto que su desembolso se surtiera en varios años.

Vuelve la ley a referirse a la remuneración del inversionista privado indicando que tiene derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos

públicos o a cualquier otra retribución, pero que estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de los niveles de servicio, y los estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el Gobierno Nacional cuando reglamente la materia (art 5.º).

Sobre la disponibilidad, niveles de servicio y estándar de calidad el decreto 1082 de 2015 señala lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.2.1.2.1. Disponibilidad de la infraestructura. Para efectos del presente Decreto, la infraestructura esta disponible cuando está en uso y cumple con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato.

Así mismo el artículo 2.2.2.1.2.2 se refiere al derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada. Señala el reglamento que en los proyectos de Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad.

En los contratos para ejecutar dichos proyectos podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga las veces a nivel territorial, siempre y cuando el proyecto se encuentre totalmente estructurado y cumpla las siguientes condiciones:

1. El proyecto haya sido estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la unidad que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma.
2. El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes

Se agrega en párrafo en los siguientes términos:

Parágrafo: Si en la Asociación Público Privada la Entidad Estatal entrega al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la Entidad Estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad.

Por otra parte el artículo 2.2.2.1.2.3 referente a los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad se señaló: Los niveles de servicio y los estándares de calidad definidos en los contratos para la ejecución de proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada deberán responder a las características de cada proyecto y ser:

1. Específicos

2. Medibles
3. Viables
4. Pertinentes
5. Oportunos

El artículo 2.2.2.1.2.4 regula la actualización de la retribución señalando que en los contratos para la ejecución de proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada, se deberá establecer de manera expresa el mecanismo de actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar y demás retribuciones establecidas en la Ley 1508 de 2012, según corresponda.

Por su parte el artículo 2.2.2.1.2.5 regula los Mecanismos de deducciones graduales por Niveles de Servicio y Estándares de Calidad. Señala que los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad, estarán expresamente establecidos en el contrato, y podrán contemplar un esquema de gradualidad, en virtud del cual se efectuarán deducciones proporcionales sobre las retribuciones previstas.

En los contratos podrá establecerse la posibilidad de no aplicar las deducciones a las que hace referencia el presente artículo, cuando el Nivel de Servicio y Estándar de Calidad afectado fuere restablecido a los parámetros contemplados en el contrato en el plazo definido para dicho efecto. Los valores a descontar estarán sujetos a mecanismos de actualización de la retribución.

En todo caso, en el respectivo contrato deberá definirse claramente aquellos eventos constitutivos de incumplimiento del contrato como consecuencia de no alcanzar el nivel de servicio y estándar de calidad previsto para el efecto.

Agrega el artículo que en los contratos se establecerá expresamente el procedimiento para programar aquellas actividades o trabajos preventivos y rutinarios que sean contemplados previamente como necesarios para lograr un adecuado nivel de operación y mantenimiento de la infraestructura, que puedan alterar la prestación de servicios, sin que ello implique la realización de descuentos por no alcanzar Niveles de Servicio y Estándares de Calidad.

La entidad estatal competente exigirá la, adopción de medidas, por parte del contratista, para minimizar las interferencias en el funcionamiento normal del servicio.

Regula el artículo 2.2.2.1.2.3 lo referente a las Estadísticas, mediciones y controles. Señala el artículo en comento que el contrato podrá establecer la obligación del contratista de proveer, diseñar y operar un sistema de control de gestión para el adecuado monitoreo de disponibilidad de la infraestructura, estándares de calidad y niveles de servicio. Si el contrato establece esta obligación, el contratista estará obligado a permitir su libre acceso a la entidad estatal competente y a la interventoría. La entidad estatal competente determinará los parámetros y especificaciones mínimos que deberá cubrir el sistema de control de gestión para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y los estándares de calidad.

Con respecto a los aportes estatales, el párrafo del artículo 5° de la ley 1508 autoriza efectuar aportes en especie por parte de las entidades territoriales, pero estos no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la misma ley, y agrega la norma que los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía de las obras que resulten de los proyectos de asociación público privada.

En aplicación del artículo 24 *ibidem*, se señala que en aquellos casos en que existan recursos públicos y en general, todos los recursos que se manejen en el proyecto, deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezcan en el contrato.

Agrega la norma en comento que los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

Esta redacción nos indica que los interventores o supervisores deberán tener cuidado cuando se trate de recursos públicos que sean aporte para viabilizar financieramente estos proyectos de asociación público privada, por cuanto los rendimientos de estos dineros no irán con destino al proyecto, sino que deben retornar al tesoro nacional o local.

Añade el párrafo, que una vez constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero "UIAF" el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que la Unidad requiera.

Como complemento, el artículo 37 de la Ley 1508 indica que las entidades públicas y los privados que realicen asociaciones público privadas podrán administrar los proyectos de asociación público privada a través de las instituciones de Fomento y Desarrollo Regional (INFIS).

REMISIÓN AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Para la selección del inversionista privado, agrega el artículo 3.º, que el proceso de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508.

Luego, el párrafo 1.º del mencionado artículo 3.º indica que solo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada, cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv; y el párrafo 3.º autoriza al Gobierno Nacional a reglamentar las condiciones de cumplimiento

de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y demás elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Público Privada pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

Esto quiere decir que en aquellos proyectos cuya inversión privada este igual por debajo de 6.000 smmlv, se regirán por el numeral 4.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o en su defecto por la Ley 105 de 1993.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

El artículo 4.º ibídem propone que los esquemas de Asociación Público Privada solo se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución; con lo cual consideramos que es coherente con el actual esquema de planeación propuesto por la Ley Anticorrupción en donde el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 indicó que en aquellos casos en los cuales se contrate el diseño y la construcción, la entidad estatal deberá tener sus propios estudios, pues no de otra manera se podrá tener certeza de la viabilidad el contrato de asociación público privada.

Agrega el artículo 4.º que la planeación del proyecto deberá contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

Con respecto a la asignación de riesgos, el artículo 2.2.2.1.7.1 del decreto 1082 de 2015 indica que la entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada. En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley y demás normas que regulen la materia.

Señala sobre este particular el artículo 33 de la Ley 1508, que en aquellos eventos en los cuales la entidad estatal decida contratar la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.

El artículo 2.2.2.1.8.2 del decreto 1082 de 2015 regulando el anterior artículo de la ley 1508, que en relación con los contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías, señala la norma que de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, la contratación de la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los mismos, se realizarán bajo el procedimiento de Selección Abreviada de menor cuantía, salvo que su monto no exceda del diez por ciento (10%) de la menor

cuantía para la entidad estatal competente, caso en el cual, se aplicará el procedimiento previsto para la mínima cuantía en el Decreto 734 de 2012 o normas que lo modifiquen o sustituyan³². Los factores de selección del contratista serán los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos.

Luego se incluye una norma que no es nueva en el ordenamiento, ya lo contemplaba el numeral 1.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 con respecto a los contratos de obra pública que se seleccionen por licitación pública; en donde, en los contratos para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada, la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores, agrega la norma, 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 (art. 33 ley 1508).

PLAZO MÁXIMO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Con respecto al plazo de ejecución de los contratos para proyectos de Asociación Público Privada se dice que tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas sus prórrogas. Y agrega la norma que cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulte que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior a treinta años, podrán celebrarse contratos de Asociación Público Privada siempre que cuente con el concepto previo favorable del CONPES (art. 6.º).

La norma establece una política clara respecto de la aplicación de las adiciones y prórrogas de los contratos de proyectos de Asociación Público Privada y se encuentra regulada en el artículo 7.º y en los siguientes términos:

Artículo 7.º Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada. Solo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Ya en lo que respecta a la adiciones en valor, señala el artículo 13 que en los contratos para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

³² El artículo 2.2.1.2.1.5.1 y ss. regulan el proceso de selección de mínima cuantía

El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezcan en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables.

Así mismo, de conformidad con el artículo 18, cuando se trate de adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.

Se reitera la norma del artículo 13 respecto de inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones.

Por otra parte, en aplicación del artículo 21 ibídem, respecto de las adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada que no requieren desembolsos de recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

Nuevamente se recuerda el texto del artículo 13 referido, respecto de las inversiones que no impliquen desembolsos.

Finalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley 1508, el ejecutor del proyecto una vez perfeccionado y celebrado el contrato que materialice el esquema de Asociación Público Privada, al momento de realizar una solicitud de adición o prórroga del contrato deberá pagar una tasa correspondiente al diez por ciento (10%) del valor solicitado si es una adición al contrato o el uno por ciento (1%) del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo, a título de contraprestación por los estudios que debe adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud.

En caso de que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Conpes, la tasa correspondiente se reducirá al dos por ciento (2%) del valor solicitado, si es una adición al contrato.

Se aclara que el artículo 29 es norma de rango orgánico (art. 36).

PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Por su parte el artículo 8.º reglamentó la participación de las entidades estatales con capital público o mixto y en los siguientes términos:

Artículo 8.º Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

Parágrafo. Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales, y las Sociedades entre entidades públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.

Lo anterior está significando que es entidad estatal y por lo tanto pueden suscribir contratos interadministrativos las EICE y sociedades de economía mixta cuando tengan capital público mayoritario (art. 2º ley 80 de 1993), es decir, cuando posean cincuenta por ciento o mas de capital público.

Se entiende que las entidades descritas no podrían celebrar convenios interadministrativos por no estar sometidas al estatuto de contratación estatal.

PROCESO DE SELECCIÓN PROYECTO DE ASOCIACIÓN DE INICIATIVA PÚBLICA

El procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública se encuentra regulado en los artículos 9.º y siguientes de la Ley 1508 de 2012. Tal como lo plantea el artículo 2.2.2.1.4.1 del decreto 1082 de 2015, el procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa publica será el de licitación pública, señalado en el artículo 30

de la ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la misma ley 1508 y en el decreto en mención.

SISTEMA ABIERTO O DE PRECALIFICACIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 10.º, las entidades estatales pueden optar por seleccionar al inversionista a través de un sistema abierto o de precalificación. En concordancia con el artículo 2.2.2.1.4.5 del decreto 1082, cuando el valor del contrato de Asociación Público Privada tenga un costo estimado superior a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso licitatorio, por un sistema de precalificación, para utilizar la experiencia del sector privado en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto.

Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección. Agrega la norma que el reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados.

Agrega el artículo 23 de la ley 1508 que para los casos de precalificación de oferentes, los proponentes que participen en procesos de precalificación y, en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a Título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos.

REQUISITOS PARA ORDENAR LA APERTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN

En los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con los siguientes requisitos (art. 11):

1. Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

2. Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
3. Justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998³³.
4. Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.
5. La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Con respecto a las obligaciones contingentes, señala el artículo 2.2.2.1.6.1 del decreto 1082 de 2015 lo siguiente:

"Artículo 2.2.2.1.6.1. Valoración de obligaciones contingentes. Una vez la entidad estatal competente haya realizado las consultas a terceros y autoridades competentes de las que trata el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 y previo a la evaluación de viabilidad de la propuesta en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente presentará para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la valoración de las obligaciones contingentes, de acuerdo con el procedimiento de que trata el presente decreto y en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

De no ser aprobada la valoración de obligaciones contingentes, la entidad estatal competente procederá a efectuar los ajustes correspondientes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la comunicación de la valoración respectiva, si ello fuere posible, de conformidad con los lineamientos efectuados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En el evento en el cual la valoración de obligaciones contingentes no fuere aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no fuere posible efectuar modificaciones o ajustes a la misma, la entidad estatal competente informará al originador que la iniciativa ha sido rechazada".

Así mismo y en el mismo sentido de lo planteado sobre obligaciones contingentes, el artículo 2.2.2.1.6.2 del decreto 1082 de 2015, señaló:

"Artículo 2.2.2.1.6.2. Justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada. Una vez aprobada la valoración de obligaciones contingentes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad estatal competente presentará para concepto previo favorable al Departamento

³³ Ley relacionada con el manejo de las contingencias de las entidades estatales

Nacional de Planeación o de la entidad de planeación respectiva en el caso de entidades territoriales, de conformidad con los parámetros que el Departamento Nacional de Planeación establezca, la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto.

De emitirse concepto no favorable sobre la justificación presentada, la entidad estatal competente procederá a efectuar los ajustes correspondientes en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, si ello fuere posible, de conformidad con los lineamientos efectuados por el Departamento Nacional de Planeación o la entidad de planeación respectiva del orden territorial, los cuales deberán ser expresamente aceptados por el originador de la iniciativa. En caso que dichas modificaciones no sean aceptadas por el originador, la iniciativa será rechazada por la entidad estatal competente.

En el evento en el que el Departamento Nacional de Planeación o la entidad de planeación respectiva del orden territorial emita concepto no favorable sobre la justificación presentada y no fuere posible efectuar modificaciones o ajustes a la misma, la entidad estatal competente informará al originador que la iniciativa ha sido rechazada.

Parágrafo 1. Cualquier modificación o ajuste que implique un cambio en los supuestos con fundamento en los cuales se efectuaron las aprobaciones de las que trata el presente capítulo, obligará a la entidad estatal competente a solicitar nuevamente dichas aprobaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en el cual la modificación o ajuste, no altere en más de un cinco por ciento (5%) el resultado de la aplicación de los *parámetros empleados para justificar la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto*, no se requerirá que el Departamento Nacional de Planeación o la entidad de planeación respectiva del orden territorial, emita un nuevo concepto favorable sobre el particular. Lo anterior, siempre y cuando, la respectiva modificación o ajuste no altere la asignación de riesgos anteriormente establecida y continúe siendo justificable la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada bajo los mismos parámetros de evaluación.

Parágrafo 2. *Tratándose de proyectos cuya ejecución sea competencia de entidades territoriales, el concepto previo favorable al que hace referencia el presente artículo, será emitido por la entidad de planeación respectiva, o quien haga sus veces. En el caso de proyectos cofinanciados por la Nación o sus entidades descentralizadas, dicho concepto previo favorable deberá ser emitido por el Departamento Nacional de Planeación.* "

Por otra parte respecto al trámite de vigencias futuras, el artículo 33 ibídem establece que previo a la apertura de la licitación pública, se deberá contar con la autorización de vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada, en los términos establecidos en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012. Sobre el mismo tema el artículo 34 señala que de acuerdo con el artículo 23 del Estatuto Orgánico de Presupuesto y el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012, el Consejo Superior de Política Fiscal

- CONFIS, definirá mediante resolución los requisitos, procedimientos y demás parámetros necesarios para el otorgamiento de las vigencias futuras de la Nación para amparar proyectos de Asociación Público Privada.

Otras normas que tienen relación con las obligaciones contingentes en el decreto reglamentario, encontramos el artículo 2.2.2.1.7.2 del Decreto 1082 de 2015, en donde se regula lo relacionado con las metodologías de estimación de obligaciones contingentes. Allí se establece que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedirá las metodologías aplicables a los proyectos para estimar el valor de las obligaciones contingentes que en ellos se estipulen.

Agrega la norma que si no existen metodologías de valoración desarrolladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad estatal competente deberá diseñar sus propias metodologías y someterlas para aprobación de dicho Ministerio.

Luego el artículo 2.2.2.1.7.2 ibídem indica con respecto al procedimiento de aprobación de la valoración de obligaciones contingentes de las entidades estatales, que la entidad estatal competente deberá solicitar ante la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la aprobación de la valoración de obligaciones contingentes, anexando a la solicitud de aprobación los documentos necesarios de conformidad con la Ley 448 de 1998 y su Decreto reglamentario, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público publicará en su página de internet la lista de documentación requerida.

Agrega el tercer inciso del artículo 2.2.2.1.7.3 del Decreto 1082 de 2015 el procedimiento de valoración de obligaciones contingentes de las entidades estatales y cuya valoración se encuentra a cargo de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“Artículo 2.2.2.1.7.3. Procedimiento de aprobación de la valoración de obligaciones contingentes de las entidades estatales. La entidad estatal competente deberá solicitar ante la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la aprobación de la valoración de obligaciones contingentes, anexando a la solicitud de aprobación los documentos necesarios de conformidad con la Ley 448 de 1998 y su decreto reglamentario, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público publicará en su página de internet la lista de documentación requerida.

La Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronunciará sobre la aprobación de la valoración de obligaciones contingentes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de la radicación de la respectiva solicitud.

De no ser aprobada la valoración de obligaciones contingentes, la entidad estatal competente procederá a efectuar los ajustes correspondientes dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación respectiva, si ello fuere posible, de conformidad con los lineamientos efectuados por el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Una vez sea nuevamente radicada la solicitud para la aprobación de la valoración de obligaciones contingentes con los ajustes solicitados, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se pronunciará dentro del término establecido en el inciso anterior.

No se requerirá nueva aprobación de la valoración de obligaciones contingentes cuando la variación, positiva o negativas en el esquema de estimación al plan de aportes de obligaciones contingentes sea inferior a 4.000 SMMLV. No obstante lo anterior, tratándose de cualquier cambio en el esquema de asignación y/o tipificación de riesgos que implique un cambio en el plan de aportes, obligará a entidad estatal competente a iniciar nuevamente el proceso valoración de obligaciones contingentes.

En todo caso la entidad contratante mantendrá a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional informada de cualquier modificación.

La entidad contratante enviará anualmente a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional las valoraciones actualizadas y su información conexas para efectos de hacer seguimiento.

Parágrafo. La valoración de obligaciones contingentes a la que hace referencia el presente Decreto es aplicable a todos aquellos sectores bajo el ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012."

Finalmente otro de los requisitos que se requiere evaluar antes de iniciar cualquier proceso de selección se encuentra en el artículo 2.2.2.1.7.4 del decreto 1082 referente al análisis de amenazas y vulnerabilidad.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones, o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios (art. 12):

1. La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En esos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de

esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

2. 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, represente la mejor oferta o la mejor relación costo beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.2.1.4.2 del decreto 1082 de 2015 la entidad estatal competente, dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones verificara el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral 12.1 de la Ley 1508 de 2012, para determinar cuales de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección, y agrega que en caso que se utilice el sistema de precalificación, la verificación de los factores de selección se realizará en dicha etapa. En esos términos, la oferta mas favorable para la entidad, será aquella que, de acuerdo con la naturaleza del contrato, represente la mejor oferta basada en la aplicación de los criterios establecidos en el numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, o en la mejor relación costo beneficio para la entidad. La entidad estatal competente establecerá en el pliego de condiciones los criterios que utilizara para la selección. Para efectos de lo anterior, el análisis para establecer la mejor relación costo beneficio para la Entidad, tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta sobre el proyecto de Asociación Público Privada.
2. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad estatal competente representen ventajas en la disponibilidad de la infraestructura, en el cumplimiento de niveles de servicio o en estándares de calidad.
3. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad estatal competente, representen ventajas cuantificables en términos monetarios.
4. Los puntajes que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, deben permitir la comparación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir.

Para la comparación de las ofertas, la entidad estatal competente calculará la relación costo beneficio de cada una de ellas, asignando un puntaje proporcional al valor monetario asignado a las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas.

Cuando se trate de aquellos casos en los cuales la verificación efectuada por la entidad estatal competente respecto de la capacidad financiera o de financiación y de la experiencia en inversión o estructuración de proyectos a las que se refiere el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012,

es decir, de propuestas presentadas por personas jurídicas respaldadas mediante compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, se hará de la siguiente manera:

EN CUANTO A CAPACIDAD FINANCIERA O DE FINANCIACION

La capacidad financiera podrá demostrarse mediante el compromiso irrevocable de aporte de recursos líquidos por parte del fondo.

Los administradores de los fondos deberán certificar: (i) que la inversión es admisible para el mismo; (ii) el monto de los recursos líquidos comprometidos y (iii) que dicho compromiso es irrevocable.

EN CUANTO A EXPERIENCIA EN INVERSIÓN O ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS

Podrá acreditar la experiencia del gestor profesional o del comité de inversiones del Fondo de Capital Privado.

Luego el artículo 2.2.2.1.4.3 del decreto 1082 de 2015 al referirse al valor de los contratos de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, el mismo comprende el presupuesto estimado de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda. En esos términos, el valor del contrato deberá especificar el aporte de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos.

Se reitera por parte del artículo en mención que conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, el valor de las adiciones de recursos y prórrogas sumadas no podrán ser superiores al veinte por ciento (20%) del valor del contrato inicialmente pactado. Dentro de los límites establecidos en el artículo de la Ley 1508 referido, se señala que si el porcentaje de recursos públicos adicionales respecto del valor total de las adiciones y prórrogas es superior al porcentaje de los desembolsos de recursos públicos inicialmente pactados respecto del valor inicial del contrato, las adiciones de recursos públicos deberán ser sometidas a consideración del CONFIS o la instancia que haga sus veces a nivel territorial, para que esta instancia se pronuncie sobre el incremento de dicho porcentaje.

Para cumplir con el principio de planeación se establece en el decreto reglamentario que los estudios previos para abrir procesos de selección para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública son los previstos en el numeral 5.1 del artículo 2.2.2.1.5.5 del decreto 1082 de 2015, de conformidad con lo previsto en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 1508. Sin embargo aclara la norma que si la naturaleza y el alcance del proyecto hace que alguno de los estudios de que trata el mencionado numeral 5.1 del artículo 2.2.2.1.5.5 del decreto 1082 de 2015 no sea requerido, la entidad estatal competente determinara los estudios con los cuales deberá contar para abrir el

respectivo proceso de selección. Agrega la norma que el cumplimiento de los requisitos a los que se refiere el artículo 11 de la Ley 1508 y la autorización para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras, si es procedente, es suficiente para la apertura de la licitación; y concluye que no será necesaria la elaboración de los estudios previos a los que se refiere el artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012³⁴ o las normas que lo modifiquen o sustituyan (art. 15).

En aplicación del artículo 2.2.2.1.4.5 del decreto 1082 de 2015, para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 smmlv), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La Entidad Estatal podrá contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados.

La conformación de la lista de precalificados no obliga a la Entidad Estatal a abrir el Proceso de Contratación. Así mismo, la Entidad Estatal podrá desistir de utilizar la lista de precalificados y proceder a iniciar un proceso de selección abierto, si con posterioridad a la conformación de la lista se evidencia que no se cuenta con por lo menos cuatro (4) precalificados interesados en presentar oferta.

La entidad estatal no adquiere compromiso alguno de pago o retribución por los estudios complementarios requeridos por el proyecto que adelanten los integrantes de la lista de precalificados.

En caso de adjudicación, el adjudicatario del contrato deberá pagar a los integrantes de la lista de precalificados el valor de los estudios complementarios que haya acordado previamente con la entidad estatal competente.

En aquellos casos en que no se abra el proceso de selección, se desista del uso de la precalificación, o cuando el resultado del proceso de selección sea la declaratoria de desierta del mismo, la entidad estatal competente podrá adquirir aquellos insumos o estudios complementarios adelantados por los integrantes de la lista de precalificados, que le interesen o le sean útiles. Esta adquisición implicará la cesión de los derechos patrimoniales de autor y la libre disposición de los mismos.

Parágrafo. El alcance de los estudios adicionales o complementarios, el valor máximo de los mismos, la experiencia y condiciones de idoneidad de quien los desarrolle, se definirán de mutuo acuerdo entre la entidad estatal competente y los precalificados. "

³⁴ Con respecto al artículo 2.1.1. del decreto 734 de 2012, fue reemplazado por el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del decreto 1082 de 2015

PROCEDIMIENTO DE PRECALIFICACIÓN

Establece el artículo 2.2.2.1.4.6 del decreto 1082 de 2015 que para aplicar el procedimiento de precalificación de ofertas, la invitación a participar en la precalificación incluirá como mínimo la siguiente información:

(i) Descripción del proyecto y estudios de prefactibilidad que lo soportan, en los términos establecidos del que trata el artículo 2.2.2.1.5.2 del decreto 1082 de 2015.

(ii) La fecha y hora limite así como el lugar físico o electrónico para presentar la manifestación de interés.

(iii) La indicación de los requisitos mínimos habilitantes que se exigirán para la precalificación, que serán al menos los indicados en el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012.

La invitación deberá ser publicada en el SECOP y contemplar un plazo mínimo de quince (15) días calendario contados a partir de su publicación, para que los interesados presenten las respectivas manifestaciones de interés.

CONFORMACIÓN DE LA LISTA DE PRECALIFICADOS

En aplicación del artículo 2.2.2.1.4.7 del decreto 1082 de 2015, la conformación de la lista de precalificados se hará con los interesados que presenten manifestación de interés y cumplan los requisitos señalados en el numeral 12. 1 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012.

Los interesados en conformar la lista expresarán su interés por escrito, dentro del término señalado para ello en la invitación a participar en la precalificación, y acompañarán dicha manifestación con la documentación que soporte el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

Si una vez revisadas las manifestaciones de interés por parte de la entidad se establece que hay cuatro (4) o más interesados habilitados, se procederá a conformar la lista de precalificados. Cuando se establezca que hay entre dos (2) y tres (3) interesados habilitados, será opcional para la entidad conformar la lista de precalificados, pero en todo caso se requerirá mínimo dos (2) interesados habilitados para conformar la lista de precalificados.

En caso de no conformar la lista de precalificados de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, y si la entidad considera conveniente continuar con el proceso, podrá adelantarlos mediante licitación pública abierta o podrá por una sola vez intentar la lista de precalificados.

PROCESO DE SELECCIÓN PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA

Autoriza el artículo 14.º de la Ley 1508 de 2012 que los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. Agrega la norma que el proceso de

estructuración del proyecto por agentes privados está dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

ETAPA DE PREFACTIBILIDAD

Continúa el artículo 14 en comento que en la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. Una vez que se haya presentado la iniciativa del proyecto en etapa de prefactibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses (art. 15) para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente, mantiene la priorización de los proyectos a ser desarrollados de conformidad de las políticas sectoriales y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado. Esta etapa se reglamentó en los artículos 2.2.2.1.5.2 y siguientes del decreto 1082 de 2015.

En principio el artículo 2.2.2.1.5.2 *ibidem* reiteró lo ya expuesto en la ley, cuando indicó que en la etapa de prefactibilidad, el originador de iniciativa privada deberá contar entre otros, con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias. El propósito de esta etapa de acuerdo al reglamento, consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto. Por lo tanto, continúa el artículo 2.2.2.1.5.2 señalando que en esta etapa el originador de la iniciativa privada, presentara ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información:

(i) Nombre y descripción completa del proyecto que incluye:

- Nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal.
- Documentos que acrediten su existencia y representación legal.
- Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.
- Descripción general del proyecto.

(ii) Alcance del proyecto:

- Descripción de la necesidad a satisfacer
- Población beneficiada
- Actividades o servicios que asumiría el inversionista.
- Estudios de demanda en etapa de prefactibilidad.
- Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.

(iii) Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

- Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados.

- Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.
- (iv) Especificaciones del proyecto:
 - Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.
 - Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.
- (v) Costo estimado:
Estimación inicial de los costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.
- (vi) Fuente de financiación:
 - Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.
 - Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.
 - Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.

La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente.

Luego el artículo 2.2.2.1.5.3 *ibidem* reguló lo que denominó el Registro de la solicitud de la iniciativa privada. De acuerdo con la norma, radicada la iniciativa privada en la entidad estatal competente, ésta deberá registrar el proyecto en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del proyecto.

El propósito de este registro es establecer quien tuvo la primera iniciativa que se radique en cualquier entidad estatal competente y que será objeto de estudio, por cuanto las demás sobre el mismo proyecto se estudiarán solo si la primera se declara no viable.

Advierte el párrafo del artículo en mención que mientras entra en operación el Registro Único de Asociaciones Público Privadas - RUAPP, el registro deberá hacerse a través del medio electrónico establecido por el Departamento Nacional de Planeación.

Finalmente la entidad estatal competente procederá a la evaluación de la etapa de prefactibilidad y su correspondiente respuesta (art. 2.2.2.1.5.4). Para evaluar si existe, interés público en el proyecto presentado, la entidad estatal competente deberá consultar los antecedentes con otras entidades estatales involucradas y realizará las consultas con terceros que considere necesarias. Luego dentro del plazo máximo de tres (3) meses contados desde la fecha de recepción del proyecto en etapa de prefactibilidad, o desde la recepción de la información adicional solicitada por la entidad estatal competente, ésta enviará al originador de la propuesta, una comunicación indicando si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable.

Advierte el reglamentario que dicha comunicación no implica el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma, ni obligación alguna para el Estado en los términos del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012.

La entidad estatal deberá indicar, en su respuesta, se considera o no de interés público el proyecto, en caso afirmativo se incluiría la siguiente información:

- (i) Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad, su forma y especificaciones.
- (ii) Estudios identificados en la etapa de prefactibilidad que deben ser elaborados o complementados obligatoriamente en la siguiente etapa.
- (iii) La capacidad financiera o de financiación requerida.
- (iv) La experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos.
- (v) Plazo máximo para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad, el cual en ningún caso será superior a dos (2) años; incluidas prórrogas. Este plazo no podrá suspenderse.

ETAPA DE FACTIBILIDAD

Continúa el artículo 14 de la ley 1508 señalando que para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

Adicionalmente en la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

Igualmente en esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

De conformidad con el artículo 16 ibídem, presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicara al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como para valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado. Esta etapa se encuentra regulada los artículos 2.2.2.1.5.5 y siguientes del decreto 1082 de 2015.

El artículos 2.2.2.1.5.5 del decreto 1082 de 2015 regulo la etapa de factibilidad en los siguientes términos:

"Artículo 2.2.2.1.5.5. Etapa de Factibilidad. En caso que, una iniciativa privada sea declarada de interés público, el originador de la propuesta deberá entregar el proyecto en etapa de factibilidad dentro del plazo establecido en la comunicación que así lo indicó.

En la etapa de factibilidad se profundizan los análisis y la información básica con la que se contaba en etapa de prefactibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, buscando reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto.

Si el originador de la iniciativa privada no hace entrega de la información en etapa de factibilidad en este plazo, la iniciativa se considerará fallida y podrá estudiarse la iniciativa privada presentada posteriormente sobre el mismo proyecto, de conformidad con el orden de radicación en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas.

Para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador del proyecto deberá presentar como mínimo la siguiente información:

1 Originador del proyecto:

1. 1 Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

1.2 Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

2 Proyecto:

2.1 Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.

2.2 Diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.

2.3 Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.

2.4 Evaluación costo-beneficio del proyecto analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

2.5 Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público Privada.

2.6 Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.

3 Riesgos del proyecto:

3.1 Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los Documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

3.2 Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente decreto.

4 Análisis financiero:

4.1 El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:

4.1.1 Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.

4.1.2 Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

4.1.3 Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.

4.1.4 Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

4.1.5 Construcción de los estados financieros.

4.1.6 Valoración del proyecto.

4.1.7 Manual de operación para el usuario del modelo financiero.

4.2 Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.

5 Estudios actualizados:

5.1 Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera.

5.2 Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.

En todo caso, el originador especificará aquellos estudios que considera no se requieran efectuar o actualizar, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto o que se encuentran disponibles por parte de la entidad estatal competente y resultan ser suficientes para la ejecución del mismo. En todo caso, la entidad estatal competente establecerá si la consideración del originador es válida y aceptada.

6 Minuta del contrato y anexos:

6. 1 Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.

6.2 Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.

La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente.

Parágrafo 1. Si en etapa de factibilidad el originador y la entidad evidencian que deben adelantar actividades junto con contratistas de proyectos aledaños encaminadas a la interacción o armonización para la efectiva coexistencia entre proyectos que así lo requieran, podrán convocar al contratista y coordinar las actividades a realizar siempre y cuando no impliquen la modificación a un contrato o concesión existentes.

Parágrafo 2. De acuerdo con los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el originador privado deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos en el marco de: (i) el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 y (ii) los lineamientos de política de riesgos de los documentos CONPES para el sector específico de iniciativas públicas. Sin perjuicio de lo anterior, el originador privado podrá presentar una iniciativa más favorable en términos de asignación de riesgos para la entidad contratante.

Para efectos de este parágrafo se entenderá por asignación de riesgos, únicamente la asignación de riesgos entre la entidad pública, el originador privado y la compartida entre estos.

En caso de que no existan lineamientos de política de riesgos para el sector específico, el originador deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos de acuerdo con el CONPES 3107 "Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura" -y

aquellos lo modifiquen o adicionen-, sin restringir aquellos casos en que el privado presente una iniciativa más favorable en asignación para la entidad contratante.

La entidad contratante competente deberá propender por la optimización de la asignación y distribución en los análisis que realice previo a la aceptación de la iniciativa.

Posterior a la adjudicación del contrato, no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado.

En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la Ley, (ii) la modificación del alcance del proyecto, (iii) el incremento de peajes y tarifas (vi) Subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.

Todas las iniciativas privadas que a la fecha de expedición del presente decreto no cuenten con la aceptación en la etapa de factibilidad en los términos del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 deben ajustarse a lo dispuesto en el presente artículo."

Luego el 2.2.2.1.5.6 del decreto 1802 de 2015 regula la evaluación y respuesta de la etapa de factibilidad señalando que entregada la iniciativa en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente deberá proceder a:

(i) Convocar públicamente dentro del mes siguiente a la entrega en etapa de factibilidad a los terceros y autoridades competentes que puedan tener interés en el proyecto a una audiencia pública, con el propósito de recibir las sugerencias y comentarios sobre el mismo.

(ii) Efectuar la revisión y análisis de la iniciativa presentada, y solicitar si fuera el caso al originador, estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto, evento en el cual se podrá prorrogar el plazo establecido para dicho estudio en los términos del primer inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

(iii) En el caso de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada adelantados por entidades del nivel nacional, cuyo presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado a los que hace referencia el artículo 2.2.2.1.3.2 del Decreto 1082, sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes (70.000 SMMLV), ó cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente deberá presentar las conclusiones del estudio de factibilidad y la correspondencia de estos con las eventuales condiciones del contrato, y las sugerencias y comentarios a que se refiere el numeral 1 del presente artículo al Ministerio sectorial respectivo. Luego, corresponderá al Ministro sectorial, presentar y sustentar ante el Consejo de Ministros las conclusiones de dicho estudio, con el propósito de obtener su concepto sobre el particular.

Las entidades del nivel territorial, deberán conformar un comité o consejo asesor integrado con funcionarios que posean conocimientos técnicos, financieros y jurídicos, con el propósito que emitan concepto con relación a los análisis que hace referencia el presente artículo.

(iv) Emitir respuesta al originador de la iniciativa informando sobre:

- Resultado: Viabilidad o rechazo de la iniciativa privada.
- Monto que acepta como valor de los estudios realizados y forma de pago.
- Condiciones bajo las cuales la entidad estatal competente aceptará la iniciativa privada.
- Borrador de minuta del contrato y anexos que la entidad estatal competente tendría como base para la elaboración del borrador de pliego de condiciones.

(v) Definir y acordar con el originador de la iniciativa, si a ello hubiere lugar, las condiciones bajo las cuales sería aceptada la iniciativa de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

PROHIBICIÓN DE PRESENTARSE PROYECTOS DE INICIATIVA PRIVADA

Tal como lo expresa el artículo 14 de la ley 1508, no podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

El artículo 2.2.2.1.5.1 del decreto reglamentario 1082 de 2015 desarrolla estas prohibiciones en los siguientes términos:

Artículo 2.2.2.1.5.1. Condiciones para la presentación de iniciativas privadas. Los particulares' interesados en estructurar proyectos de asociación público privada de iniciativa privada deben presentar sus propuestas en los términos establecidos en el presente decreto.

No podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que:

1. Modifiquen contratos o concesiones existentes.
2. Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos, superiores a los establecidos en la Ley 1508 de 2012.

3. Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración, y en consecuencia:

a) Cuento con los estudios e informes de las etapas de prefactibilidad y factibilidad del proyecto, y

b) Según el caso:

i) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado de inversión sea superior a 500.000 smlv. La entidad estatal haya elaborado y publicado en el SECOP los pliegos de condiciones definitivos para la contratación del proyecto de asociación público privada;

ii) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado de inversión sea inferior a 500.000 smlv; La entidad estatal haya contratado la estructuración del proyecto o se encuentre vigente la resolución de apertura del proceso de selección para la contratación de la reestructuración.

Parágrafo 1. Si se presenta una iniciativa privada para un proyecto para el cual la entidad estatal contrató su estructuración con terceros, la entidad estatal responsable de la contratación del proyecto de asociación público privada debe continuar la estructuración que viene adelantado de forma paralela con el estudio de la iniciativa privada hasta que cuente con información suficiente que le permita compararlas en los términos de este artículo, sin perjuicio de lo indicado en el último inciso del presente parágrafo.

La entidad estatal debe informar de esta situación al originador de la iniciativa privada, quien deberá incluir en su propuesta la forma en la cual asumirá los costos fijos y variables incurridos por la entidad estatal en el proceso de estructuración en curso y los términos y condiciones en los cuales propone que la entidad estatal le ceda los estudios realizados o los contratos suscritos para la estructuración.

La entidad estatal no podrá abrir el proceso de selección para la ejecución del proyecto de asociación pública privada de iniciativa pública, ni responder al originador sobre la viabilidad de su iniciativa privada en la etapa de factibilidad, sin previamente haber comparado el proyecto de iniciativa pública y el proyecto de iniciativa privada, independientemente de la etapa en que se encuentra cada una de estas, considerando criterios que demuestren cuál de las iniciativas es la más conveniente, acorde con los intereses y políticas públicas.

Estos criterios objetivos deberán ser, entre otros: i) Costo - beneficio; ii) Alcance y especificaciones, y iii) oportunidad.

Por lo cual la entidad estatal deberá exigirle al originador de la iniciativa privada y al tercero responsable de la estructuración pública que incluya en los análisis de factibilidad la información suficiente para realizar la comparación.

Entregada la iniciativa privada en la etapa de factibilidad, la entidad estatal tendrá un plazo máximo de 15 días para realizar esta comparación, con base en la información existente en ese momento. En todo

caso la decisión deberá producirse con anterioridad a la realización de la audiencia pública prevista en el numeral 1 del artículo 2.2.2.1.5.6 del Decreto 1082 de 2015.

La decisión de escogencia de alguna de estas alternativas, deberá adoptarse mediante acto administrativo motivado, que contenga los análisis solicitados en este inciso, además el proyecto de acto administrativo deberá ser publicado mínimo por cinco días hábiles en la página web de la entidad, en la forma indicada en el numeral octavo del artículo octavo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2. Las propuestas de iniciativas privadas pueden incluir en su objeto infraestructura existente o en proceso de construcción, así como su explotación económica como fuente de retribución de la iniciativa presentada, siempre y cuando no modifique contratos o concesiones existentes.

En este caso, la retribución correspondiente a la operación y mantenimiento de la infraestructura existente o en proceso de construcción en el momento de presentar el proyecto, podrá devengarse tan pronto la misma sea entregada en condiciones de operación al contratista, en los términos del párrafo del artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Por su parte, la retribución destinada a retribuir la construcción de la nueva infraestructura por parte del contratista estará condicionada a su disponibilidad, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad del proyecto. "

ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LA INICIATIVA PRIVADA

Como resultado de la verificación de la iniciativa privada presentada y agotadas las etapas de prefactibilidad y factibilidad, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado (art. 15 ley 1508 de 2012).

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública. En esos términos el artículo 2.2.2.1.5.7 del decreto 1082 de 2015 indica en igual sentido que la entidad pública competente podrá adquirir aquellos insumos o estudios que le sean útiles para el cumplimiento de sus funciones, valorados de conformidad con los costos soportados por el originador durante el trámite y evaluación de la iniciativa privada. Se agrega en el reglamento que la entidad estatal, en todo caso, deberá verificar que dichos valores se fundamentan en costos demostrados en tarifas de mercado.

Por su parte puntualiza la norma que la adquisición de insumos o estudios producto de la iniciativa privada rechazada, deberá constar por escrito, y contener entre otros, valor, forma de pago, manifestación de la cesión de derechos patrimoniales, identificación precisa de los estudios anexando la totalidad de soportes correspondientes a los mismos, y en general todos aquellos aspectos que permitan definir claramente el acuerdo de voluntades.

PRESUPUESTO ESTIMADO DE LA INVERSIÓN DE INICIATIVA PRIVADA

El artículo 2.2.2.1.5.8 del decreto 1082 de 2015, señala respecto del presupuesto estimado de inversión en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto.

ACEPTACION DEL ORIGINADOR DE LA VIABILIDAD DE LA INICIATIVA

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública (art. 16 ley 1508 de 2012).

LICITACION PÚBLICA INICIATIVA PRIVADA REQUIERE RECURSOS

Señala la ley 1508 que en aquellos casos en los cuales las iniciativas privadas requieren desembolsos de recursos públicos, una vez logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento (art. 17).

En esta clase de proyectos de Asociación Público Privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la Ley 1508.

Sobre este particular, el artículo 2.2.2.1.5.9 del decreto 1082 de 2015 reglamentó el procedimiento para convocar la licitación pública en caso de requerirse por parte del originador de iniciativa privada de desembolsos de recursos públicos, señalando que el plazo para iniciación del proceso de selección será dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación de que trata el artículo 32 del Decreto reglamentario, y en tal caso la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública.

Luego el artículo 2.2.2.1.5.10 del decreto 1082 de 2015 reglamentó la bonificación a que tendría derecho el originador de iniciativa privada y que debe ser establecida para incorporar a los pliegos de condiciones para convocar la licitación pública. Dice la norma que en caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que requiera desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad otorgará al originador de la iniciativa una bonificación sobre su calificación inicial en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, de la siguiente manera:

Categoría	Monto de inversión del proyecto - (SMMLV)	Porcentaje de bonificación
A	Entre 6.000 y 40.000	10%
B	Entre 40.001 y 120.000	6%
C	Mayor a 120.000	3%

PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA INICIATIVA PRIVADA NO REQUIERE RECURSOS

En aquellos eventos en los cuales las iniciativas privadas no requieren desembolsos de recursos públicos, señala el artículo 19 de la ley 1508 de 2012, que logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto; la entidad competente publicará el acuerdo³⁵, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los

³⁵ Sobre este particular, el artículo 2.2.2.1.5.9 del decreto 1082 de 2015 ordena que se hará la respectiva publicación en el SECOP para dar cumplimiento a la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos.

términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP".

Continúa el artículo 19 que en esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas. (art. 19).

Sobre este particular, el artículo 2.2.2.1.5.11 del decreto 1082 de 2015, se establece que el tiempo mínimo de duración de la publicación en SECOP, en caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, será de dos (2) meses, y allí se publicará el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por 4 meses más.

Continúa el artículo 19 ibídem, que en el evento en que luego de agotada la publicidad atrás mencionada se presenten terceros interesados, si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, fa experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la Ley 1508.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

El artículo 2.2.2.1.5.12 del decreto 1082 de 2015 regula la manifestación de interés en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.2.1.5.12. Manifestación de interés por terceros. En caso de presentarse por parte de un tercero una manifestación de interés en la ejecución del proyecto, de conformidad con lo establecido en la publicación a la que hace referencia el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, esta deberá contener además de la expresión clara de su interés, las formas de contacto y los medios de comunicación eficaces a través de las cuales la entidad estatal competente podrá comunicarse con el interesado y la garantía que respalda su interés, por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. La garantía podrá consistir en una póliza de seguros, garantía bancaria a primer requerimiento, fiducia mercantil en garantía, depósito de dinero en garantía y en general cualquier medio autorizado por la ley, con un plazo de un (1) año, término que deberá prorrogarse para que se encuentre vigente hasta la fecha de firma del contrato.

Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien o quienes manifestaron interés y cumplieron los requisitos establecidos por la entidad en la publicación de la iniciativa y el originador de la iniciativa privada, y con esta lista procederá a adelantar la selección del contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.

En caso que se adelante el proceso de selección abreviada de menor cuantía, una vez conformada la lista de precalificados, se tendrán en cuenta las reglas previstas para la selección abreviada de menor cuantía establecidas en la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, con las siguientes particularidades, sin perjuicio de otras que se señalaren en el presente Decreto:

30. 1. Los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, en desarrollo del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán los señalados en el artículo 13 del presente Decreto.

30.2. El cumplimiento de los requisitos para la estructuración de proyectos por agentes privados y la aceptación de la iniciativa privada por parte de la entidad estatal competente, a los que se refieren los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012 en los términos previstos en el presente Decreto y las aprobaciones de las que trata el capítulo VI del presente Decreto, serán suficientes para la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

30.3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador dentro del plazo previsto en el inciso anterior no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012.

Parágrafo. Cuando la propuesta sea presentada por una persona jurídica respaldada mediante compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, en los términos del parágrafo del artículo 3° del presente decreto, se regirá por lo establecido en el parágrafo del artículo 13 del presente decreto."

CONTENIDO DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA

Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública, tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley (art. 22). Sobre este particular, derivado de los elementos que conforman este contrato consideramos que una cláusula que por su naturaleza debe formar parte de este contrato sería la cláusula de reversión.

Consideramos que por tratarse de contratos en los cuales por lo menos una de las partes es una entidad estatal, en aplicación del artículo 1.º de la Ley 80 de 1993, muchas de las cláusulas propias de los contratos estatales se aplicarían a este contrato, más la consideración de la misma norma sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales.

REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (RUAPP)

El artículo 25 de la Ley 1508 estableció que el Registro Único de Asociación Público Privada (ruapp), el cuál será administrado por el Departamento Nacional de Planeación, será público y en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales consideren prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite tanto nacional como territorial y los proyectos de Asociación Público Privada que hayan sido rechazados. Agrega la norma que las entidades territoriales deberán informar al RUAPP las iniciativas que desean desarrollar, y las que se encuentren en trámite o en ejecución en su territorio.

El 2.2.2.1.5.3 relativo al Registro Único de Asociaciones Público Privadas – RUAPP – se establece que el originador de los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada deberá radicarlos a través de los medios electrónicos diseñados para el efectos por SECOP. Y la constancia que se expida será suficiente. De allí la entidad estatal está obligada a estudiar la primera iniciativa que se radique por el sistema. La siguientes solo se estudian cuando se declare la primera no viable.

La iniciativa publica la radicara la entidad estatal dentro de los cinco días siguientes a la celebración de cualquier contrato que verse sobre este tipo de contratación. Si el estudio lo hace con su personal, la radicación será cuando tenga disponible los estudios.

VIGENCIAS FUTURAS DE PROYECTOS DE LA NACIÓN

Los contratos de Asociación Público Privada cuando obliguen a aportar recursos estatales y requieran el trámite de vigencias futuras, para la Nación y las entidades estatales del orden nacional, solicitarán la autorización del CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio correspondiente, del Departamento Nacional de Planeación y del Registro del Banco de Proyectos de Inversión Nacional (BPIN), y se otorgará por el tiempo de duración del proyecto (art. 26). Agrega la norma que cada año, al momento de aprobarse la meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, el Consejo Nacional de Política Económica y Social conpes, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer estas vigencias futuras para proyectos de Asociación Público Privada.

Así mismo aclara la norma que el CONFISN definirá un escenario de consistencia fiscal acorde con la naturaleza de cada proyecto y realizará la evaluación del aporte presupuestal y disposición de recursos públicos.

Continúa la norma señalando que para efectos de lo anterior, previamente se deberá contar con la no objeción del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas, propuestas por la entidad estatal competente.

Y concluye:

El aval fiscal que emita al CONFIS para la ejecución de un proyecto de Asociación público privada en el que el contrato no esté debidamente perfeccionado, no podrá ser objeto de reconsideración del CONFIS cuando se exceda el 10% del valor inicialmente aprobado.

Por último cuando se trate de vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada de la Nación que no sean operaciones de crédito público, se presupuestarán como gastos de inversión.

Un aspecto importante que trae la norma es la aclaración según la cual los recursos que se generen de la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato.

VIGENCIAS FUTURAS DE PROYECTOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Cuando se trate de proyectos de Asociación Público Privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales se regirá, además, por las siguientes reglas (art. 27):

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.
3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley 358 de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumarán al saldo de la deuda que determinan los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley 358 de 1997.
4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.
5. Solo se podrán desarrollar proyectos de Asociación Público Privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en la Ley 1508.

Agrega el párrafo 1.º del artículo 27 que los contratos que se celebren en virtud de la Ley 1508 deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial fut y en el Registro Único de Asociación Público Privada RUAPP.

Igualmente señala el párrafo 2.º ibídem que para la presentación de esos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.

Se aclara que el artículo 27 es norma de rango orgánico (art. 36).

CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA CON EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Cuando se trate de contratos de Asociación Público Privada en donde participen Empresas Sociales del Estado, ellas tendrán la obligación de elaborar sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año y hasta el 20% de la cartera pendiente por recaudar de vigencias anteriores. Luego la norma aclara que las demás Empresas Sociales del Estado elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año. Lo anterior, sin perjuicio, en ambos casos, de los ajustes que procedan al presupuesto de acuerdo con el recaudo real evidenciado en la vigencia en que se ejecuta el presupuesto (art. 28).

Se aclara que el artículo 28 es norma de rango orgánico (art. 36).

INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA POR PARTE DEL CONTRATISTA

Señala el artículo 30 que en caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

ENTREGA DE LA INFRAESTRUCTURA AL PRIVADO

Con respecto a la entrega de la infraestructura que va a ser objeto de explotación por parte del contratista, el artículo 31 de la Ley 1508 señala que en los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deben especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.

Esto confirma lo expuesto en la presentación de esta norma, según la cual hay cláusulas que son de la naturaleza de este tipo de contrato, como es la cláusula de reversión.

CAUSALES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Este tipo de contratos como los contratos estatales tienen la posibilidad de que las partes den por terminado el contrato de mutuo acuerdo, pero como este contrato tiene prevista la posibilidad de darlo por terminado de manera unilateral por parte de la entidad estatal, al quedar contemplada la inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común de que trata el Estatuto General de la Contratación administrativa, el artículo 32 de la Ley 1508 conmina a las partes, de manera obligante, a que se incluya una cláusula que establezca una fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar.

NUEVOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

En cuanto a los contratos de concesión actualmente vigentes, el artículo 34 de la Ley 1508 indica que dos años antes de su vencimiento, término que también incluye a aquellos contratos de asociación pública privada que se suscriban, la entidad pública contratante preparará el estudio que le permita tomar la decisión de iniciar el proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato o de dejar que el proyecto revierta a la Nación. Luego agrega la norma que, en aquellos contratos de plazo variable, el interventor o supervisor estimará la fecha tentativa de finalización e informará a la entidad estatal, dos años antes, cuándo se puede prever que el contrato terminará dos (2) años antes.

SEGUIMIENTO A LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

El artículo 35 de la Ley 1508 creó una subcomisión de seguimiento que tiene por objeto, como su designación indica, hacer seguimiento a la reglamentación de la ley, para lo cual se la asigna la función al Director de Planeación Nacional de convocar cada tres (3) meses a dicha comisión. Adicionalmente, señala la norma que dentro del informe anual rendido por el Departamento Nacional de Planeación al Congreso de la República se incorporará un acápite específico sobre el avance en la aplicación de esta ley.

OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES RESPECTO DE PROYECTOS PARA FUTUROS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Señala el artículo 38 de la Ley 1508, que los alcaldes y gobernadores deberán elaborar y mantener debidamente actualizados los inventarios técnicos de obras de interés público para desarrollar en el

corto, mediano y largo plazo. Los particulares podrán invertir a riesgo propio, en estudios y diseños sobre las obras de esos inventarios en los términos de la Ley 1508.

VIGENCIA DE LA LEY 1508 DE 2012 Y DEROGATORIAS

El artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 deroga todas las normas que le sean contrarias pero expresamente deroga el párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007; esto quiere decir que se deroga la iniciativa privada regulada en la Ley 80 de 1993, pero de paso derogando una forma de presentación de ofertas como promesa de sociedad futura. Por otra parte deroga los mecanismos de prórroga de los contratos de concesión materia del artículo 28 de la Ley 1150.

DISPOSICIONES FINALES EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 1082 DE 2015

Establece el artículo 2.2.2.1.8.1 sobre la reducción de la tasa por adición o prórroga, que para los efectos de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 1508 de 2012, el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, podrá incorporar en los documentos de política que expida sobre los distintos proyectos de desarrollo económico y social, la aplicación si fuere el caso, de la reducción de la tasa por adición establecida en la citada norma. Constituye requisito indispensable para aplicar la reducción de la tasa por adición o prórroga, que el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES se haya pronunciado de forma previa a la solicitud de la adición.

Por otra parte, el artículo 2.2.2.1.8.3 ibídem señala con respecto a la publicidad, que la entidad contratante deberá garantizar la publicidad de los procedimientos, documentos y actos asociados a los procesos de contratación y precalificación de los proyectos de Asociación Público Privada, salvo el modelo financiero estatal que esta sometido a reserva legal. La publicidad se hará en la página web de la entidad estatal competente correspondiente y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop).

Luego el artículo 2.2.2.1.8.4 del decreto reglamentario consagra la cláusula de reversión propia de los contratos de concesiones y hoy sería de los contratos de participación pública privada, señalando que con el propósito de asegurar la continuidad de la prestación de servicios públicos en proyectos de Asociación Público Privada, la entidad estatal competente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 31 y 34 de la Ley 1508 de 2012, pactará en el contrato la entrega y transferencia, de los elementos y bienes directamente afectados a la prestación de dicho servicio y el estado en el que los mismos revertirán al finalizar el plazo del respectivo contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión. Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuado por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato.

Por otra parte, el artículo 2.2.2.1.8.5 involucra el actual Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos al establecer que las entidades estatales competentes, en desarrollo de los procesos de selección para proyectos de Asociación Público Privada, deberán observar las

obligaciones que en materia de Acuerdos Internacionales y Tratados de Libre Comercio (TLC) vinculen al Estado Colombiano.

b. PROCESOS DE INICIATIVA PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

El artículo 15 de la ley 1682 de 2013 reguló lo que se denominó permisos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte y allí se señaló que sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012, cualquier interesado podrá solicitar a la autoridad competente, permiso para el desarrollo por su cuenta y riesgo de proyectos de infraestructura de transporte de su interés. Dice la norma que la entidad competente analizará la conveniencia técnica, legal y financiera del proyecto y podrá otorgar el permiso si considera que está acorde con los planes, programas y proyectos del sector y si el mismo cuenta con los conceptos técnicos y las autorizaciones legales pertinentes.

Entendemos la norma en el sentido de establecer que la primera condición que impone la misma es que el proyecto que presente el privado esté relacionado con la metas, objetivos, estrategias del Plan de Desarrollo Económico y Social de la entidad estatal que tiene a su cargo la aprobación del proyecto de inversión, y luego los aspectos técnicos, legales, financieros y las autorizaciones que correspondan.

Continúa la norma señalando que el proyecto deberá desarrollarse bajo los estándares y normas técnicas del modo correspondiente y deberá garantizar su conectividad con la infraestructura existente. Todos los bienes y servicios que se deriven del desarrollo del proyecto serán de propiedad, uso, explotación y administración de la Nación o entidad territorial según corresponda.

Por otro lado señala la norma que en ningún caso, la autorización o permiso otorgado constituirá un contrato con el particular, ni la entidad estará obligada a reconocer o pagar el valor de la inversión o cualquier otro gasto o costo asociado al proyecto de infraestructura de transporte. Y agrega que tampoco podrá entenderse que el particular obtiene derecho exclusivo o preferente sobre la propiedad, uso, usufructo, explotación o libre disposición y enajenación del bien o servicio del proyecto de infraestructura de transporte. Estos derechos los tendrá en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

Finaliza la norma estableciendo que el Gobierno Nacional establecerá las condiciones que deben cumplir tanto las entidades nacionales, como las territoriales para el otorgamiento de estos permisos, en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario. Adicionalmente, reglamentará lo

concerniente a la conectividad entre el proyecto de infraestructura de transporte de interés privado y la Red Vial a fin de evitar que aquellos proyectos generen perjuicios al interés general.

c. PROCESOS DE INICIATIVA PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

Establece el artículo 16 de la ley 1682 de 2013 en relación con el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte que requieran adjudicación por procesos de selección, que las entidades deberán abrir los procesos de selección si cuentan con estudios de ingeniería en Etapa de Factibilidad como mínimo, sin perjuicio de los estudios jurídicos, ambientales y financieros con que debe contar la entidad. Se establecen las siguientes excepciones a esta regla:

- a) Cuando excepcionalmente la entidad pública requiera contratar la elaboración de estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento y/o mantenimiento que se contemplen de manera integral, o
- b) Para la revisión y verificación previas de proyectos de asociación pública-privada de iniciativa privada previstas en la Ley 1508 de 2012 o la norma que la modifique, sustituya o reemplace podrá iniciarse el trámite con estudios y diseños en etapa de prefactibilidad.

d. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS QUE EJECUTEN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA BAJO LA MODALIDAD DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

El artículo 18 de la ley 1682 de 2013 establece que las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de Asociación Público Privado su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que conforme.

e. PUBLICIDAD EN SECOP DEL REGISTRO DE INICIATIVAS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA

En aplicación del artículo 65 de la ley 1682 se establece que el Gobierno Nacional adoptará las medidas necesarias para garantizar que en el Secop se lleve a cabo el registro de iniciativas de asociación público-privadas, sus procesos de selección y los contratos desarrollados bajo esquemas de asociaciones público-privadas que tengan por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte. Agrega que para el efecto, el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAPP),

previsto en el artículo 25 de la Ley 1508 de 2012 se integrará al Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), o el sistema que haga sus veces.

2. FLUJOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA

Viabilidad Técnica (numeral 7° Art. 25 Ley 80 de 1993) _____ Estudios previos (art. 87 de la ley 1474 / art. 19 a 54 ley 1682 de 2013 / art. 2.2.1.1.2.1.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Certificado de Disponibilidad Presupuestal (C.D.P.) y vigencias futuras (numeral 6° Art. 25 Ley 80 de 1993 / art. 9 ley 819 de 2003) _____ Aviso de Convocatoria Pública (art. 2.2.1.1.2.1.2 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicidad SECOP Aviso de Convocatoria Pública (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Proyecto de Pliegos de Condiciones (n. 5° art. 24 ley 80 de 1993 / art. 5° ley 1150 de 2007 / (art. 2.2.1.1.2.1.3 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicidad SECOP Proyecto de Pliegos de Condiciones por diez (10) días hábiles (art. 8° Ley 1150 de 2007 / (art. 2.2.1.1.2.1.4 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicidad SECOP estudios y documentos previos (art. 8.º Ley 1150 de 2007 / art. 2.2.1.1.2.1.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicación SECOP Las observaciones al proyecto del pliego de condiciones y respuesta de la entidad (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Acto Administrativo que ordena la apertura (numeral 1° art. 30 Ley 80 de 1993 / art. 2.2.1.1.2.1.5 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicación SECOP el acto de apertura (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicación en SECOP Pliegos de Condiciones definitivos (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Entre diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la iniciación del plazo para presentar ofertas, publicar en la página web de la entidad y en SECOP o en su defecto en pequeños poblados en el bando o en avisos públicos hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) a cinco (5) días entre cada aviso (numeral 3° art. 30 Ley 80 de 1993 modificado por el art. 224 del decreto 019 de 2012) _____ Iniciación del plazo para presentar ofertas / Acta de Apertura _____ Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes Audiencia de Aclaraciones (numeral 4° art. 30 Ley 80 de 1993 / art. 220 del decreto 019 de 2012 / art. 2.2.1.2.1.1.2 Dcto. 1082 de 2015) _____ Audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles (art. 4° ley 1150 de 2007 / art. 220 del decreto 019 de 2012 / art. 2.2.1.2.1.1.2 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicación en SECOP Acta de la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones y Acta de audiencia de discusión de riesgos (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Adendas para prorroga por máximo seis (6) días

hábiles después de la audiencia de aclaraciones (n. 4 art. 30 ley 80 de 1993) _____ Publicación en SECOP Solicitud de aclaraciones durante el plazo para presentar ofertas y las respuestas (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Adendas (Art. 89 ley 1474 de 2011 (ley anticorrupción) / art. 2.2.1.1.2.2.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Publicación en SECOP Adendas expedidas tres días antes del cierre de la licitación y las respuestas a las aclaraciones que se hayan presentado durante el proceso de selección (Art. 89 ley 1474 de 2011 (ley anticorrupción) / art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Finalización del plazo para presentar ofertas / Acta de Cierre recepción de ofertas _____ Publicación en SECOP Acta de cierre recepción de ofertas (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Iniciación del plazo para evaluar ofertas / Solicitud de Aclaraciones / principio de subsanabilidad (Parágrafo 1º art. 5 Ley 1150 de 2007 / Propuesta Artificialmente Baja (art. 2.2.1.1.2.2.4 Dcto. 1082 de 2015) _____ Informe de evaluación de las propuestas puesto a disposición de los oferentes cinco (5) días hábiles (Numeral 8º art. 30 Ley 80 de 1993) _____ Publicación en SECOP Informe de evaluación de las propuestas (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Plazo para analizar las observaciones presentadas por los oferentes _____ Audiencia Pública de adjudicación de la licitación (art. 9º ley 1150 de 2007 / art. 2.2.1.2.1.1.2 Dcto. 1082 de 2015) _____ Acto administrativo de adjudicación (numeral 11 del art. 30 Ley 80 de 1993) _____ Publicación en SECOP Audiencia Pública de adjudicación de la licitación / Acto administrativo de adjudicación (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Acto Administrativo declarando desierta la licitación (numeral 18 art. 25 Ley 80 de 1993) _____ Publicación en SECOP Acto administrativo declarando desierta (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Perfeccionamiento contrato estatal (art. 41 Ley 80 de 1993) / contratos adicionales (art. 40 Ley 80 de 1993) / otrosís o modificaciones al contrato (art. 16 Ley 80 de 1993) / actas de suspensión y reiniciación del contrato / actos administrativos sancionando al contratista debidamente ejecutoriadas _____ Publicación en SECOP contrato estatal / adiciones / modificaciones / suspensiones / información sobre sanciones ejecutoriadas (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015) _____ Acta de liquidación del contrato de mutuo acuerdo / acto administrativo de liquidación unilateral (art. 11 Ley 1150 de 2007) _____ Publicación en SECOP acta de liquidación de mutuo acuerdo / acto administrativo de liquidación unilateral (art. 2.2.1.1.1.7.1 Dcto. 1082 de 2015).

REQUIERE REGISTRO DE PROPONENTES (excepto cuando se trate de la selección de contratistas para adjudicar concesiones) – ART. 6º LEY 1150 DE 2007 MODIFICADO POR EL ART. 221 DECRETO LEY 019 DE 2012

3. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
1	VIABILIDAD TÉCNICA				
	<p>Viabilidad técnica expedida por la dependencia encargada de los asuntos relacionados con la Planeación de la entidad estatal cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión. Numeral 7° del artículo 25 de la ley 80 de 1993.</p> <p>Las entidades estatales están obligadas a cumplir con el contenido del artículo 3° de la ley 80 de 1993 sobre los fines de contrato estatal, y una manera de darle cumplimiento a este postulado es a través de proyectos de inversión que estén asociados a los Planes de Desarrollo tanto nacionales como territoriales. Generalmente son las áreas de planeación las encargadas de dar certificación que el objeto del contrato cumple con algún objetivo, estrategia o meta del Plan de Desarrollo correspondiente.</p> <p>Cuando se trata de Gastos de Funcionamiento adicionalmente hay que revisar el contenido de los Decretos 26 de 1998, 1737 de 1998, 2209 de 1998, 2676 de 1999 y 2785 de 2011, por los cuales se toman medidas para garantizar la austeridad en el gasto.</p> <p>En lo que tiene que ver con la publicidad el artículo 10 y siguientes de la ley 1474 de 2011 reglamentó su ejecución limitada.</p>				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	ALCANCE DE LA LEY.				
	<p>Artículo 2. Alcance de la ley. La presente ley regula los procesos de adquisición de las Entidades Estatales que incluyen: (i) la identificación de una necesidad y la decisión de satisfacerla mediante la adquisición de un bien o servicio o la construcción de una obra; (ii) la búsqueda y evaluación de soluciones para satisfacer la necesidad; (iii) la identificación y valoración de riesgos; (iv) la selección del contratista; (v) la celebración del contrato; (vi) la administración del contrato y de su cumplimiento; (vii) la entrega del bien, obra o la prestación del servicio; (viii) el pago y el cumplimiento de las obligaciones de recuperación ambiental y post-consumo; (ix) la terminación del contrato; y (x) en general la gestión del Proceso de Abastecimiento.</p>				
1.1	<u>PRESUPUESTO DE AUSTERIDAD EN PUBLICIDAD (LEY 1474 DE 2011 / DECRETO 019 DE 2012)</u>				
	<p>ARTÍCULO 10. PRESUPUESTO DE PUBLICIDAD. Los recursos que destinen las entidades públicas y las empresas y sociedades con participación mayoritaria del Estado del orden nacional y territorial, en la divulgación de los programas y políticas que realicen, a través de publicidad oficial o de cualquier otro medio o similar que implique utilización de dineros del Estado, deben buscar el cumplimiento de la finalidad de la respectiva entidad y garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. En esta publicidad oficial se procurará la mayor limitación, entre otros, en cuanto a contenido, extensión, tamaño y medios de comunicación, de manera tal que se logre la mayor austeridad en el gasto y la reducción real de costos.</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Los contratos que se celebren para la realización de las actividades descritas en el inciso anterior, deben obedecer a criterios preestablecidos de efectividad, transparencia y objetividad.</p> <p>Se prohíbe el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.</p> <p>El inciso 4° del artículo 4° de la Ley 1474 de 2011 fue modificado por el artículo 232 del decreto 019 de 2012 y en los siguientes términos: " En ningún caso las entidades objeto de esta reglamentación podrán patrocinar, contratar o realizar directamente publicidad oficial que no este relacionada con las funciones que legalmente debe cumplir, ni contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo."</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Las entidades del orden nacional y territorial que tengan autorizados en sus presupuestos rubros para publicidad o difusión de campañas institucionales, deberán reducirlos en un treinta por ciento (30%) en el presente año, tomando como base para la reducción el monto inicial del presupuesto o apropiación presupuestal para publicidad o campaña. Una vez surtida la reducción anterior, en los años siguientes el rubro correspondiente sólo se podrá incrementar con base en el Índice de Precios al Consumidor.</p> <p>PARÁGRAFO 2o. Lo previsto en este artículo no se aplicará a las Sociedades de Economía Mixta ni a las empresas industriales y comerciales del Estado que compitan con el sector público o privado o cuando existan motivos de interés público en salud. Pero en todo caso su ejecución deberá someterse a los postulados de planeación, relación costo beneficio, presupuesto previo y razonabilidad del gasto.</p> <p>PARÁGRAFO 3o. Las entidades del orden nacional y territorial a que se refiere esta disposición están obligadas a publicar periódicamente en su página de Internet toda la información relativa al presupuesto, planificación y gastos en las actividades descritas en el inciso primero de este artículo.</p>				
1.2	<u>PUBLICIDAD DE PROYECTOS Y PLANES DE ACCION DE LAS ENTIDADES ESTATALES (LEY 1474 DE 2011)</u>				
	<p>ARTÍCULO 74. PLAN DE ACCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión.</p> <p>A partir del año siguiente, el Plan de Acción deberá estar acompañado del informe de gestión del año inmediatamente anterior.</p> <p>Igualmente publicarán por dicho medio su presupuesto debidamente desagregado, así como las modificaciones a este o a su desagregación.</p> <p>ARTÍCULO 77. PUBLICACIÓN PROYECTOS DE INVERSIÓN. Sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 27 y 49 de la Ley 152 de 1994 y como mecanismo de mayor transparencia en la contratación pública, todas las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital deberán</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>publicar en sus respectivas páginas web cada proyecto de inversión, ordenado según la fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión nacional, departamental, municipal o distrital, según el caso.</p> <p>ARTÍCULO 78. DEMOCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Modifíquese el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, que quedará así: Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:</p> <p>a) Convocar a audiencias públicas;</p> <p>b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana;</p> <p>c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública;</p> <p>d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos;</p> <p>e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan;</p> <p>f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.</p> <p>En todo caso, las entidades señaladas en este artículo tendrán que rendir cuentas de manera permanente a la ciudadanía, bajo los lineamientos de metodología y contenidos mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, los cuales serán formulados por la Comisión Interinstitucional para la Implementación de la Política de rendición de cuentas creada por el CONPES 3654 de 2010.</p> <p>ARTÍCULO 81. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE POLÍTICAS INSTITUCIONALES. El incumplimiento de la implementación de las políticas institucionales y pedagógicas contenidas en el presente capítulo, por parte de los servidores públicos encargados se constituirá como falta disciplinaria grave.</p>				
	PLAN ANUAL DE ADQUISICIONES (DECRETO 1082 DE 2013)				
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 4°, las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Agrega la norma que Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones.</p> <p>Luego el artículo 5° señala que el Plan Anual de Adquisiciones no obliga a las Entidades Estatales a efectuar los procesos de adquisición que en él se enumeran.</p> <p>Con respecto a la publicidad se indica que la Entidad Estatal debe publicar su Plan Anual de Adquisiciones y las actualizaciones del mismo en su página web y en el Secop, en la forma que para el efecto disponga Colombia</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Compra Eficiente (art. 6°).</p> <p>Finaliza este capítulo señalando que la Entidad Estatal debe actualizar el Plan Anual de Adquisiciones por lo menos una vez durante su vigencia, en la forma y la oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente, y adicionalmente debe actualizar dicho plan cuando (art. 7°):</p> <p>(i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos;</p> <p>(ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios;</p> <p>(iii) excluir obras, bienes y/o servicios;</p> <p>o (iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones.</p> <p>COMENTARIO: En nuestra consideración, esta obligación no es vinculante respecto del procedimiento de selección de contratistas, en cuanto a que su omisión vicie el procedimiento, lo cual no quiere decir que no se tenga algún tipo de responsabilidad por dejar de cumplir con ella, como sería el caso de la responsabilidad disciplinaria. La razón se encontraría en que la misma establece que la publicación del plan no obliga a la entidad a efectuar los procesos de adquisiciones anunciados.</p>				
2	ESTUDIOS PREVIOS				
2.1	ESTUDIOS PREVIOS EN EL ESTATUTO DE CONTRATACION				
	<p>Acreditación de estudios previos y de conveniencia que incluye la verificación de la expedición de licencias ambiental (artículo 132 del Decreto 2150 de 1995) y de construcción (artículo 49 del Decreto 2150 de 1995). Numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011. Art. 8 Ley 1150 de 2007. Decreto 019 de 2012.</p> <p>Se debe verificar que la entidad estatal realizó con anterioridad a la apertura del proceso de selección por licitación pública, los estudios que justificaran no solo la viabilidad de recursos sino el cumplimiento de los fines de la entidad estatal.</p> <p>El artículo 222 del decreto 019 de 2012 deroga la ley 598 de 2000 (SICE). ARTÍCULO 87 LEY 1474 DE 2011 (LEY ANTICORRUPCION). MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: 12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.</p> <p>Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.</p> <p>COMENTARIO: El artículo 73 de la ley 1682 de 2013 derogó entre otras normas los parágrafos 1° y 2° del artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, el cual establecía un procedimiento de expropiación administrativa para proyectos de infraestructura de transporte, que ahora se regula en la ley en mención.</p>				Folio No.
2.2	PROCESO DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL (LEY 1682 DE 2013)				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
2.2.1	<p style="text-align: center;">DECLARACION DE UN BIEN INMUEBLE DE UTILIDAD PÚBLICA</p>				
	<p>Señala el artículo 19 de la ley 1682 que son motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley 1682, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.</p> <p>En cuanto a la adquisición de predios, el artículo 20 establece que es responsabilidad del Estado y para ello la entidad pública responsable del proyecto podrá adelantar la expropiación administrativa con fundamento en el motivo definido en el artículo anterior, siguiendo para el efecto los procedimientos previstos en las Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, o la expropiación judicial con fundamento en el mismo motivo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997 y 1564 de 2012.</p> <p>En todos los casos de expropiación, incluyendo los procesos de adquisición predial en curso, deben aplicarse las reglas especiales previstas en la presente ley.</p> <p>Agrega la norma que la entidad responsable del proyecto de infraestructura deberá inscribir las afectaciones en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria de los predios requeridos para la expansión de la infraestructura de transporte para el mediano y largo plazo y en cuanto sea viable presupuestalmente podrá adquirirlos. Para este caso, las afectaciones podrán tener una duración máxima de doce (12) años.</p> <p>Por una parte el parágrafo 1° del artículo 20 indica que la adquisición de predios de propiedad privada o pública necesarios para establecer puertos, se adelantará conforme a lo señalado en las reglas especiales de la Ley 1° de 1991 o aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan de manera expresa.</p> <p>Por otra parte el parágrafo 2° del mismo artículo establece que debe garantizarse el debido proceso en la adquisición de predios necesarios para el desarrollo o ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, en consecuencia, las entidades públicas o los particulares que actúen como sus representantes, deberán ceñirse a los procedimientos establecidos en la ley, respetando en todos los casos el derecho de contradicción.</p> <p>COMENTARIO: Llama la atención que hoy la afectación por utilidad pública tiene una duración máxima de doce años, con lo cual se modificó la ley 9 de 1989 en este sentido que hablaba de cinco años. Nosotros entendemos por afectación de utilidad pública de un predio, la situación de un inmueble que debe ser utilizado para los fines para los cuales fue adquirido dentro de los doce años siguientes, vencidos los cuales la entidad que los adquirió puede disponer de él. El artículo 33 de la ley 9 de 1989 señalaba que los bienes adquiridos por las entidades estatales deberían aplicarlos a los fines para los cuales fueron adquiridos y dispondrían de un término máximo de cinco años a partir de la adquisición para cumplir con esta obligación, caso contrario deberían enajenarlos pasado este términos. Por lo anterior creemos que este término se modifica con esta norma para proyectos de infraestructura de transporte. Por otro lado, a pesar de no haberse</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	derogado expresamente el artículo 37 de la ley 9 de 1989 que establece que toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta una máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia, pudo haberse alterado el termino con la expedición de la ley 1682.				
2.2.2	SANEAMIENTO POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA				
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la ley 1682, se definió saneamiento automático en lo referente a la infraestructura de transporte y en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:</p> <p>...</p> <p>Saneamiento automático. Es un efecto legal que opera por ministerio de la ley exclusivamente a favor del Estado, cuando este adelanta procesos de adquisición de bienes inmuebles, por los motivos de utilidad pública consagrados en la ley para proyectos de infraestructura de transporte. En virtud de tal efecto legal, el Estado adquiere el pleno dominio de la propiedad del inmueble quedando resueltas a su favor todas las disputas o litigios relativos a la propiedad.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de los conflictos que puedan existir entre terceros sobre el inmueble, los cuales se resolverán a través de las diferentes formas de resolución de conflictos, sin que puedan ser oponibles al Estado”.</p> <p>El artículo 21 de la ley en mención regula lo relativo al saneamiento por motivos de utilidad pública señalando que la adquisición de inmuebles por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes gozará en favor de la entidad pública del saneamiento automático de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que por cualquier causa puedan dirigirse contra los titulares inscritos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, diferentes a la entidad pública adquirente.</p> <p>El saneamiento automático agrega la norma será aplicable a los inmuebles adquiridos para proyectos de infraestructura de transporte, incluso antes de la vigencia de la Ley 9ª de 1989, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario.</p> <p>Por una parte el párrafo 1° del artículo 21 en mención establece que el saneamiento automático será invocado por la entidad adquirente en el título de tradición del dominio y será objeto de registro en el folio de matrícula correspondiente.</p> <p>Por otra parte el párrafo 2° del mismo artículo indica que la entidad pública que decida emplear el mecanismo de saneamiento automático deberá verificar si el inmueble a adquirir se encuentra inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente creado por la Ley 1448 de 2011, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, si existe en curso proceso judicial de restitución, así como si existen medidas de protección inscritas por la vía individual o colectiva a favor del propietario que no hayan sido levantadas, en virtud de lo</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>previsto al efecto por la Ley 387 de 1997 y el Decreto número 2007 de 2001. En estos casos se entenderá que los propietarios carecen de la capacidad para enajenarlos voluntariamente.</p> <p>Agrega el párrafo que en los casos en que solo se encuentren solicitudes de restitución o inscripción en el Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas procederá adelantar la expropiación y se pondrá a disposición del juez de conocimiento de estos procesos el valor de los predios en depósito judicial, para que una vez se inicie el proceso de restitución este ponga el correspondiente depósito a órdenes del juez de restitución.</p> <p>Adicionalmente el párrafo señala que la inclusión del predio en los proyectos viales aprobados por el Gobierno Nacional se entenderá en los términos del artículo 72 de la Ley 1448 de 2011 como una imposibilidad jurídica para la restitución que impondrá al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas compensar a las víctimas con un predio de similares condiciones, en el orden y lineamientos establecidos en el artículo 98 de la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios. Sin embargo, en estos casos, el pago de la compensación se realizará con cargo a los recursos que se consignen en el depósito judicial efectuado por la entidad propietaria con cargo al proyecto, en virtud del proceso de expropiación.</p> <p>En caso de que esté en trámite el proceso de restitución, se iniciará el proceso de expropiación, pero se esperarán las resultas del proceso de restitución para determinar a quién se consigna el valor del predio. En caso de que proceda la restitución, el valor consignado se transferirá al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que compense las víctimas cuyo bien es jurídicamente imposible de restituir, en los términos previstos en el artículo 98 de la Ley 1448 de 2011 y sus normas reglamentarias.</p> <p>El saneamiento automático no desvirtuará las medidas de protección inscritas en el Registro Único de Tierras Despojadas con fines publicitarios a favor de los poseedores, sin embargo, la prueba se considerará constituida para los respectivos efectos en eventuales procesos de restitución que se adelanten en el futuro sobre el bien.</p> <p>Si el objeto de la expropiación fuere la adquisición parcial de un inmueble determinado, sujeto a los casos previstos en el párrafo 2° del artículo 21, en el Folio de Matricula Inmobiliaria de la parte restante que no sea objeto de adquisición, deberán mantenerse las medidas de protección inscritas. Además, teniendo en cuenta que no quedan afectos a los proyectos, procederá la restitución, siempre que se den los elementos y requisitos exigidos en la Ley 1448 de 2011.</p> <p>Cumplido el procedimiento especial para la adquisición de predios vinculados a la restitución de tierras o con medidas de protección, procederá el saneamiento por motivos de utilidad pública.</p> <p>No obstante lo anterior, la entrega anticipada de los predios la podrá solicitar la entidad responsable del proyecto de infraestructura ante el juez de conocimiento del proceso de expropiación. En cualquier caso, el juez de expropiación o el juez comisionado, durante la diligencia de entrega, deberá informar que se ha hecho la consignación del valor del predio a órdenes del juzgado de restitución.</p> <p>Por su parte el párrafo 3° del artículo 21 establece que en todo caso ningún saneamiento automático implicará el levantamiento de servidumbres de utilidad pública frente a redes y activos, ni el desconocimiento de los derechos inmobiliarios que hayan sido previamente adquiridos para el establecimiento de la infraestructura de servicios públicos domiciliarios y</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	actividades complementarias, Tecnologías de la Información y las comunicaciones y la industria del Petróleo.				
2.2.3	LIMITACIONES, AFECTACIONES, GRAVÁMENES AL DOMINIO Y MEDIDAS CAUTELARES				
	<p>Con respecto a lo relacionado con las limitaciones, afectaciones, gravámenes al dominio y medidas cautelares establece el artículo 22 de la ley 1682 que en el proceso de adquisición de predios requeridos para proyectos de infraestructura de transporte, en caso de existir acuerdo de negociación entre la entidad Estatal y el titular inscrito en el folio de matrícula y previo al registro de la escritura pública correspondiente, la entidad estatal, con cargo al valor del negocio, podrá descontar la suma total o proporcional que se adeuda por concepto de gravámenes, limitaciones, afectaciones y medidas cautelares y pagar directamente dicho valor al acreedor o mediante depósito judicial a órdenes del despacho respectivo, en caso de cursar procesos ejecutivos u ordinarios en los que se haya ordenado el respectivo gravamen, considerando para el efecto el área objeto de adquisición, o verificar que lo realizará directamente el titular. De no ser posible, se continuará con el proceso de expropiación administrativa o judicial, según corresponda.</p> <p>La entidad estatal adquirente expedirá un oficio con destino al Registrador de Instrumentos Públicos respectivo o a la autoridad competente, en el cual se solicite levantar la limitación, la afectación, gravamen o medida cautelar, evidenciando el pago y paz y salvo correspondiente, cuando a ello haya lugar. El Registrador deberá dar trámite a la solicitud en un término perentorio de 15 días hábiles.</p> <p>Una vez realizada la respectiva anotación en el registro, el Registrador deberá dar aviso mediante oficio al notario correspondiente para que obre en la escritura pública respectiva del inmueble.</p> <p>Las medidas cautelares al dominio cuya inscripción se encuentre caducada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1579 de 2012, se podrán cancelar con la solicitud que realice la entidad estatal al Registrador de Instrumentos Públicos.</p> <p>Cuando se trate de servidumbres de utilidad pública y las redes y activos allí asentados puedan mantenerse, se conservará el registro del gravamen en el folio del inmueble.</p>				
2.2.4	PROCEDIMIENTO PARA EL AVALUO DE LOS INMUEBLES Y ACTUALIZACION DE CABIDA Y LINDEROS				
	De conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la ley en mención el avalúo comercial para la adquisición o expropiación de los inmuebles requeridos para proyectos de infraestructura de transporte será realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o la autoridad catastral				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>correspondiente o las personas naturales o jurídicas de carácter privado registradas y autorizadas por las Lonjas de Propiedad Raíz.</p> <p>El avalúo comercial, de ser procedente, incluirá el valor de las indemnizaciones o compensaciones que fuera del caso realizar por afectar el patrimonio de los particulares.</p> <p>Para la adquisición o expropiación de inmuebles requeridos en proyectos de infraestructura de transporte, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) tendrá como función adoptar las normas, métodos, parámetros, criterios y procedimientos que deben aplicarse en la elaboración de los avalúos comerciales y su actualización. Cuando las circunstancias lo indiquen, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) introducirá las modificaciones que resulten necesarias.</p> <p>Las normas, métodos, parámetros, criterios y procedimientos establecidos y/o modificados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) son de obligatorio y estricto cumplimiento para los evaluadores, propietarios y responsables de la gestión predial en proyectos de infraestructura de transporte.</p> <p>Señala el parágrafo de este artículo que el retardo injustificado en los avalúos realizados es causal de mala conducta sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda incurrir el evaluador.</p> <p>Luego del artículo 24 de la ley en mención regula lo referente a los procedimientos para la revisión e impugnación de los avalúos comerciales indicando que para la adquisición o expropiación de bienes requeridos en los proyectos de infraestructura de transporte, la entidad solicitante, o quien haga sus veces, del avalúo comercial, podrá pedir la revisión e impugnación dentro de los (5) días siguientes a la fecha de su entrega. La impugnación puede proponerse directamente o en subsidio de la revisión.</p> <p>Se entiende por revisión la solicitud por la cual la entidad solicitante o quien haga sus veces, fundada en consideraciones técnicas, requiere a quien realizó el avalúo comercial, para que reconsidere la valoración y/o precio presentados, a fin de corregirlos, reformarlos o confirmarlos.</p> <p>Corresponde a quien realizó el avalúo comercial pronunciarse sobre la revisión solicitada dentro de los diez (10) días siguientes a su presentación. Una vez decidida la revisión y si hay lugar a tramitar la impugnación, quien haya decidido la revisión enviará el expediente al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) dentro de los tres (3) días siguientes a la de la fecha del acto por el cual se resolvió la revisión.</p> <p>La impugnación es el procedimiento que se adelanta por la entidad solicitante, o quien haga sus veces, ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), para que este examine el avalúo comercial, a fin de corregirlo, reformarlo o confirmarlo.</p> <p>Al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) le compete resolver las impugnaciones en todos los casos, para lo cual señalará funcionalmente dentro de su estructura las instancias a que haya lugar. La decisión tendrá carácter vinculante. El plazo para resolver las impugnaciones será de diez (10) días y se contarán desde el día siguiente a la fecha de presentación de la impugnación.</p> <p>Agrega el parágrafo primero que del artículo 24 que en cuanto no sea incompatible con lo previsto en esta ley, se aplicarán para la revisión e impugnación lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o demás normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.</p> <p>Luego el parágrafo 2° establece que el avalúo comercial tendrá una vigencia</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>de un (1) año, contado desde la fecha de su comunicación o desde aquella en que fue decidida y notificada la revisión y/o impugnación.</p> <p>Por otra parte el párrafo 3° indica que la entidad solicitante, o quien haga sus veces, asumirá los costos que demande la atención de las impugnaciones a que se refiere el presente artículo, de conformidad con las tarifas fijadas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC). A su vez se señala que el retardo injustificado en la resolución de la revisión o impugnación de los avalúos, es causal de mala conducta sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda incurrir el evaluador o el servidor público del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), según el caso (párrafo 4°).</p> <p>El artículo 25 de la ley 1682 establece que la oferta deberá ser notificada únicamente al titular de derechos reales que figure registrado en el folio de matrícula del inmueble objeto de expropiación y/o al respectivo poseedor regular inscrito de conformidad con las leyes vigentes. Agrega el párrafo que notificada la oferta de compra de los inmuebles sobre los que recaiga la declaratoria de utilidad pública e interés social, los mismos no podrán ser objeto de ninguna limitación al dominio. El registrador se abstendrá de efectuar la inscripción de actos, limitaciones, gravámenes, medidas cautelares o afectaciones al dominio sobre aquellos.</p> <p>Por otra parte el artículo 26 con respecto a la actualización de cabida y linderos establece que en caso que en el proceso de adquisición o expropiación de inmuebles necesarios para la realización de proyectos de infraestructura de transporte, se requiera la actualización de cabida y/o linderos, la entidad pública, o quien haga sus veces, procederá a solicitar dicho trámite ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o la autoridad catastral correspondiente.</p> <p>Agrega el artículo 26 que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o la autoridad catastral correspondiente comparará la información contenida en los títulos registrados con la que tiene incorporada en sus bases de datos, disponiendo y practicando una inspección técnica para determinar su coincidencia. Si la información de los títulos registrados coincide en un todo con la de sus bases de datos, procederá a expedir la certificación de cabida y/o linderos. Si la información de catastro no coincide con la de los títulos registrados, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o la autoridad catastral correspondiente convocará a los titulares de derechos de dominio y demás interesados, directamente o a través de un medio de comunicación idóneo, para buscar un acuerdo a partir de una propuesta que sobre cabida y/o linderos el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o quien haga sus veces realice. Si se llega a un acuerdo, se expedirá la certificación de cabida y/o linderos; en caso contrario, se agotarán las instancias judiciales a que haya lugar por parte de los titulares de derecho de dominio.</p> <p>Con respecto al término para tramitar y expedir la certificación de cabida y/o linderos, dice el mencionado artículo 26 que es de dos (2) meses improrrogables contados a partir de la recepción de la solicitud, cuando la información de los títulos registrados coincida plenamente con la de catastro. Si no coincide y es necesaria convocar a los titulares de dominio y demás interesados, el término para agotar el trámite será de cuatro (4) meses, que se contabilizarán desde la recepción de la solicitud. Una vez se expida la certificación de cabida y/o linderos, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o la autoridad catastral correspondiente dará traslado a la entidad u organismo encargado del registro de instrumentos públicos de la respectiva jurisdicción, dentro de los 5 días siguientes, con el fin de que proceda a hacer las anotaciones del caso. La anotación en el registro deberá realizarse dentro de los 10 días calendario a partir del recibo de la certificación.</p> <p>Finaliza la norma que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC)</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>establecerá el procedimiento para desarrollar el trámite de cabida y/o linderos aquí señalado, en un término no mayor a tres (3) meses, por orden expresa de la ley 1682.</p> <p>Con respecto a los costos, el párrafo del artículo 26 en mención indica que es la Entidad solicitante, o quien haga sus veces, la que asumirá los costos que demande la atención del trámite sobre cabida y/o linderos, de conformidad con las tarifas fijadas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) o autoridad catastral correspondiente. Y el párrafo segundo establece que el retardo injustificado del trámite de actualización de cabida y linderos o su inscripción en el registro es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.</p>				
2.2.5	<p align="center">PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO O LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE DESALOJO Y LA ORDEN JUDICIAL DE ENTREGA DEL INMUEBLE</p>				
	<p>Por una parte el artículo 27 de la ley 1682 regula lo relativo al permiso de intervención voluntario que consiste en que mediante documento escrito suscrito por la entidad y el titular inscrito en el folio de matrícula, podrá pactarse un permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación. El permiso será irrevocable una vez se pacte.</p> <p>Con base en el acuerdo de intervención suscrito, la entidad deberá iniciar el proyecto de infraestructura de transporte.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros sobre el inmueble los cuales no surtirán afectación o detrimento alguno con el permiso de intervención voluntaria, así como el deber del responsable del proyecto de infraestructura de transporte de continuar con el proceso de enajenación voluntaria, expropiación administrativa o judicial, según corresponda.</p> <p>Luego el párrafo del artículo 27 reglamenta aquellos eventos en los cuales no se obtiene el permiso de intervención voluntario indicando que en el proceso administrativo, en caso de no haberse pactado el permiso de intervención voluntario del inmueble objeto de adquisición o expropiación, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que la dispuso, la entidad interesada solicitará a la respectiva autoridad de policía, la práctica de la diligencia de desalojo, que deberá realizarse con el concurso de esta última y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y/o el personero municipal quien deberá garantizar la protección de los derechos humanos, dentro de un término perentorio de cinco (5) días, de la diligencia, se levantará un acta y en ella no procederá oposición alguna.</p> <p>El artículo 28 en relación con la entrega anticipada por orden judicial señala que los jueces deberán ordenar la entrega de los bienes inmuebles declarados de utilidad pública para proyectos de infraestructura de transporte, en un término perentorio e improrrogable de treinta (30) días calendario, contados a partir de la solicitud de la entidad demandante, en los términos del artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso o la norma que lo modifique o sustituya. Si los bienes hubieren sido objeto de embargo,</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>gravamen hipotecario o demandas registradas, para efectos de ordenar la entrega anticipada, no serán oponibles estas limitaciones. En todo caso, se respetarán los derechos de terceros dentro del proceso judicial.</p> <p>Los numerales 4 y 11 de artículo 399 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, en relación con la entrega anticipada del bien a solicitud de la entidad demandante, entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley y aplicarán para los procesos en curso, de conformidad con las precisiones que se disponen en la presente ley.</p> <p>Por su parte el artículo 29 que regula la entrega anticipada de bienes en proceso de extinción de dominio, baldíos y bajo la administración de CISA establece que los bienes inmuebles necesarios para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, que se encuentren bajo la administración de CISA o quien haga sus veces, en proceso de extinción de dominio, en proceso de clarificación o inmuebles baldíos, podrán ser expropiados o adjudicados, según sea procedente, por y a la entidad estatal responsable del proyecto y esta podrá solicitar a la entidad competente la entrega anticipada, una vez se haya efectuado el depósito del valor del inmueble, cuando a ello haya lugar.</p> <p>La solicitud de entrega anticipada solo podrá realizarse cuando el proyecto de infraestructura de transporte se encuentre en etapa de construcción. La entidad competente tendrá un plazo máximo de 30 días calendario para hacer entrega material del inmueble requerido.</p> <p>En el caso que el dominio sobre el bien inmueble no se extinga como resultado del proceso o en el proceso de clarificación se establezca un titular privado, el valor del depósito se le entregará al propietario del inmueble.</p>				
2.2.6	<p>DISPOSICIONES FINALES PARA EL PROCESO DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA</p>				
	<p>El artículo 30 de la ley 1682 indica que una vez pagado el valor del inmueble objeto de expropiación de conformidad con el avalúo, no procederá la prejudicialidad para los procesos de expropiación, servidumbre o adquisición de predios para obras de infraestructura de transporte.</p> <p>Por su parte el artículo 31 establece que el acto administrativo por medio del cual la entidad declara la expropiación administrativa del inmueble u ordena el inicio de los trámites para la expropiación judicial, será de aplicación inmediata y gozará de fuerza ejecutoria y ejecutiva. Agrega la norma que contra el acto administrativo que decida la expropiación solo procede el recurso de reposición el cual se concederá en el efecto devolutivo.</p> <p>Los titulares de derechos reales sobre los predios requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura podrán ceder de manera voluntaria y a título gratuito en favor del ente adquirente los inmuebles de su propiedad sin que previamente tenga que mediar oferta formal de compra. Esta cesión no generará gastos de notariado y registro (art. 32).</p> <p>Señala el artículo 33 con respecto a la adquisición de áreas remanentes no desarrollables, que en los procesos de adquisición predial para proyectos de infraestructura de transporte, las Entidades Estatales podrán adquirir de los titulares de derechos reales sobre los predios requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura, áreas superiores a las necesarias para dicha ejecución, en aquellos casos en que se establezca que tales áreas no son</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>desarrollables para ningún tipo de actividad por no cumplir con los parámetros legales, esquemas o planes básicos de ordenamiento territorial o por tratarse de zonas críticas o de riesgo ambiental o social.</p> <p>El artículo 34 establece la posibilidad que cuando el avalúo comercial de los inmuebles requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte supere en un 50% el valor del avalúo catastral, el avalúo comercial podrá ser utilizado como criterio para actualizar el avalúo catastral de los inmuebles que fueren desenglobados como consecuencia del proceso de enajenación voluntaria o expropiación judicial o administrativa. Se agrega que para este efecto, el ente estatal una vez perfeccionado el proceso de adquisición predial a favor del Estado, procederá a remitir al organismo catastral o quien haga sus veces y a la autoridad tributaria, el informe del valor pagado por metro cuadrado, hectárea o fanegada del inmueble adquirido. La entidad territorial podrá decidir si el avalúo catastral debe ser actualizado, y el incremento correspondiente.</p> <p>Con respecto a la adquisición de predios por compensación ambiental, el artículo 35 indica que los predios que las Entidades Estatales deban adquirir en cumplimiento de obligaciones ambientales establecidas en la Licencia Ambiental para compensación, deberán ser cedidos a título gratuito, para ser incorporados como bien de uso público en el respectivo plan, esquema o plan básico de ordenamiento territorial de la jurisdicción donde se encuentre, a la entidad que determine la autoridad ambiental competente, de conformidad con la medida de compensación propuesta por el solicitante. La propiedad y administración de dichos bienes deberá ser recibida por las autoridades municipales o las autoridades ambientales respectivas, de acuerdo con sus competencias y la destinación de los mismos.</p> <p>Uno de los instrumentos de transferencia de dominio es la cesión de inmuebles entre entidades públicas, por lo tanto el artículo 36 establece que los predios de propiedad de entidades públicas que se requieran para el desarrollo de proyectos de infraestructura deberán ser cedidos a la entidad responsable del proyecto, a título oneroso o como aporte de la respectiva entidad propietaria al proyecto de infraestructura de transporte. Para efectos de determinar el valor del inmueble, la entidad cesionaria deberá contratar un avalúo con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), la entidad que cumpla sus funciones o con peritos privados inscritos en las lonjas de propiedad raíz o asociaciones legalmente constituidas. El avalúo que dichas entidades o personas establezcan tendrá carácter obligatorio para las partes. La cesión implicará la afectación del bien como bien de uso público. En todo caso, la entrega anticipada del inmueble deberá realizarse una vez lo solicite la entidad responsable del proyecto de infraestructura de transporte.</p> <p>Para efectos de la transferencia de dominio entre entidades estatales atrás referida, el artículo 37 establece que el precio de adquisición será igual al valor comercial, determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), la entidad que cumpla sus funciones, o por peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes, según lo determinado por el Decreto-ley número 2150 de 1995 y de conformidad con las normas, métodos, parámetros, criterios y procedimientos que sean fijados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC). El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir, su destinación económica, el daño emergente y el lucro cesante.</p> <p>El daño emergente incluirá el valor del inmueble y el lucro cesante se calculará según los rendimientos reales del inmueble al momento de la adquisición y hasta por un término de seis (6) meses.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Finalmente el artículo 38 regula lo relativo a servidumbres legales indicando que durante la etapa de construcción de los proyectos de infraestructura de transporte y con el fin de facilitar su ejecución, la Nación a través de los jefes de las entidades de dicho orden y las entidades territoriales, a través de los Gobernadores y Alcaldes, según la infraestructura a su cargo, tienen facultades para imponer servidumbres, mediante acto administrativo. El Ministerio de Transporte impondrá tales servidumbres en los proyectos de infraestructura de transporte a cargo de los departamentos, cuando se afecten predios que se encuentren ubicados en más de uno de ellos. Asimismo, el Gobernador del departamento impondrá servidumbres en los proyectos de infraestructura de transporte a cargo de los municipios cuando se afecten predios que se encuentren ubicados en más de un municipio. En los proyectos a cargo de la Nación, esta podrá imponer servidumbres en todo el Territorio Nacional.</p> <p>Para efectos de lo previsto en este artículo, se deberá agotar una etapa de negociación directa en un plazo máximo de treinta (30) días calendario. En caso de no lograrse acuerdo se procederá a la imposición de servidumbre por vía administrativa. El Gobierno Nacional expedirá la reglamentación correspondiente con el fin de definir los términos en que se deberán surtir estas etapas.</p> <p>El parágrafo primero establece que el Ministro de Transporte podrá delegar esta facultad.</p> <p>Y el parágrafo segundo agrega que lo dispuesto en el artículo 38 será aplicable a la gestión predial necesaria para la ejecución de proyectos de infraestructura de servicios públicos, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 56 de 1981.</p>				
2.3	<u>POSICION JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN</u>				
	FALTA DE PLANEACIÓN POR NO ENTREGA DE PREDIOS				
	<p>Sentencia del Consejo de Estado del 29 de agosto de 2007 (radicado 14.854) en relación con el principio de planeación que incumplió la entidad al no adquirir los predios para ejecutar la obra contratada y señaló que es indispensable la obligación de elaboración de estudios previos antes de la iniciación del proceso de selección sobre:</p> <p>(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores, y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende o requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración del pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores,</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretende celebrar.				
	LA FALTA DE PLANEACIÓN GENERA OBJETO ILICITO Y LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL				
	<p>Sentencia del Consejo de Estado del 24 de abril de 2013, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio, expediente 27315 estudia la aplicación del principio de planeación en la celebración de los contratos estatales, y declara la nulidad del contrato ordenado restituir lo dado por anticipo.</p> <p>Se demanda por acción de controversias contractuales el Area Metropolitana de Bucaramanga, en donde el contratista pidió la nulidad de las Resoluciones No. 220 del 30 de octubre de 1996 y 036 del 6 de marzo de 1997 por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato No. 0366-1 de 1994, la declaratoria de que el contrato se encuentra vigente pues no fue terminado legalmente, que se declarara que el demandado incumplió el contrato porque no suministró los predios en los que se iba a ejecutar la obra, porque realizó la liquidación unilateral de manera indebida y porque no canceló los trabajos ejecutados por el contratista. En subsidio, pidió que se declarara responsable a la entidad contratante por el incumplimiento del contrato al no haber adquirido oportunamente los predios en los que se debía ejecutar la obra y, en consecuencia, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los valores que resulten de la liquidación del contrato. Las pretensiones de la demanda ascienden a la suma de cien millones de pesos.</p> <p>Dentro de los hechos se indica que el 14 de diciembre de 1994, el demandante y el demandado celebraron el contrato No. 0366-1 por medio del cual aquel se obligó a construir, por el sistema de precios unitarios, el puente peatonal de San Antonio de Carrizal. Como valor total del contrato No. 0366-1 de 1994 se convino la suma de \$29'296.061,88 de la cual se canceló al contratista \$11'367.829,75 a título de anticipo y que corresponden al 40% del valor del contrato. El plazo de ejecución de la obra se pactó en 60 días calendario contados a partir del acta de iniciación de obras, y en ésta se precisó que el 2 de enero de 1995 era la fecha oficial de la iniciación y que por consiguiente el contrato terminaría el 2 de marzo de ese mismo año.</p> <p>El 6 de enero de 1995 las partes convinieron suspender el contrato debido a que los propietarios de los terrenos en los que se debían ejecutar las obras, impidieron el ingreso al contratista alegando que ellos no habían enajenado sus predios a la entidad contratante. El 23 de enero de 1995, el contratista solicita al contratante que recibiera la estructura metálica del puente objeto del contrato, cuya construcción había subcontratado con autorización previa, a lo cual se le responde que no era conveniente hasta tanto no se solucionara el conflicto sobre la propiedad del terreno. El 10 de abril de 1995, el contratante solicita al contratista que inicien los trámites para liquidar el contrato de mutuo acuerdo debido a la imposibilidad de ejecutar las obras.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Por su parte, el contratista manifiesta su intención de construir el puente peatonal de San Antonio de Carrizal y por consiguiente, pide que el contratante resuelva el conflicto con los propietarios de los predios. El 2 de febrero de 1996, el Interventor le comunica al contratista que está autorizado para continuar con la ejecución del objeto contractual y, el 4 de febrero siguiente, el contratista le responde manifestando que no es procedente reiniciar las obras en razón a que aún no se han adquirido los terrenos y, por otro lado, reclama el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.</p> <p>El 30 de octubre de 1996, el contratante expide la Resolución No. 220 por medio de la cual liquida unilateralmente el contrato con fundamento en que no han cesado las causas que originaron la suspensión de las obras.</p> <p>El Área Metropolitana de Bucaramanga le notifica su decisión al contratista mediante el oficio GAMB-1514-96 del 5 de noviembre de 1996 en el cual manifiesta que por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración decidió liquidar el contrato de forma unilateral.</p> <p>Como quiera que el contratista recurrió el acto administrativo por medio del cual se liquidó el contrato, la entidad contratante expidió la Resolución No. 036 del 6 de marzo de 1997 en la cual resolvió confirmar todas y cada una de las partes de su decisión.</p> <p>Dentro de las consideraciones el Consejo de Estado señala que el artículo 365 de la Constitución Política prevé que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo tanto es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y puede ser prestado directamente o por particulares, caso en el cual el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. Un desarrollo de este artículo advierte el Consejo de Estado se encuentra en el artículo 3º de la ley 80 de 1993, respecto del cumplimiento de los fines a través de la celebración de los contratos estatales por parte de los servidores públicos y de los particulares como colaboradores. Luego menciona el artículo 209 igualmente de la Constitución Política en donde la función administrativa está al servicios de los intereses generales, cuyo mandato se reitera en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, que regula la contratación estatal se desarrolla bajo los principios de la transparencia, economía y responsabilidad de acuerdo con los postulados de la función administrativa. Y por ello concluye inicialmente: "Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía".</p> <p>Agrega entonces la Corporación que la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva, y por ello indica que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Luego acudiendo a la doctrina³⁶ sobre el deber de planeación señala que los negocios deben ser diseñados conforme a las necesidades del interés general, por lo tanto la ausencia ataca la esencia de ese interés general y afecta el patrimonio público. El principio de planeación no se encuentra regulado en la ley, su presencia se encuentra en los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución, y los numerales 6, 7, 11 a 14 del artículo 25, numeral 3 del artículo 26, numerales 1 y 2 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, por lo tanto, lo anterior constituye un marco jurídico como requisito para la actividad contractual y agrega que "... los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado".</p> <p>En esos términos derivado del principio de planeación en la ley existen parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídico, de elaboración de pliegos de condiciones que deben observarse y debe ser con antelación a la apertura del proceso de selección. Luego agrega Santofimio que la planeación esta vinculada con el principio de legalidad en lo que tiene que ver con el procedimiento previo a la formación del contrato, y agrega un texto de la jurisprudencia: "...Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales."^{37 38}</p> <p>Con el principio de planeación se determina el plazo de ejecución del contrato, el precio real de las cosas o servicios objeto del contrato y así pueda objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista, agregando que:</p> <p>"... la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.</p> <p>De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación".</p>				

³⁶ Jaime Orlando Santofimio. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Por otra parte recuerda lo previsto en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 sobre la condición de colaboradores que tienen los particulares, con lo cual señala que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse. Y por ello no podrán pretender los contratistas el reconocimiento de derechos económicos pues sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.</p> <p>Y concluye: "Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos".</p> <p>En ese contexto, se advierte por la Corporación que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Y agrega que para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,³⁹ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.</p> <p>En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. Cosa muy diferente sucede con el principio de planeación cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse, pues la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.</p> <p>Advierte eso si que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.⁴⁰ En esos términos, la posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.</p> <p>Por otra parte, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un</p>				

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

⁴⁰ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido⁴¹, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.</p> <p>En otras palabras, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado. Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.</p> <p>A contrario sensu dice el Consejo de Estado, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.</p> <p>Respecto de la reparación del contratista esto es lo que advierte el Consejo de Estado:</p> <p>“Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que <i>“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”</i>, ésta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.</p> <p>Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.⁴²</p> <p>Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (<i>“repetirse”</i>), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.</p> <p>En efecto, el antecedente romano se encuentra en la <i>condictio ob turpem vel injustam causam</i> que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.</p>				

⁴¹ La disposición expresa: *“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”*.

⁴² Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. NAVIA ARROYO. *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur*, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo <i>in pari causa turpitudinem cessat repetitio</i>.</p> <p>Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que <i>“sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tomar”</i>⁴³</p> <p>Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.</p> <p>Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo <i>in pari causa turpitudinem cessat repetitio</i> y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.</p> <p>Por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas⁴³.</p> <p>También aclara la Corporación que la nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993. Señala el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., que la nulidad absoluta se sana <i>“en todo caso”</i> por prescripción extraordinaria. Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.</p> <p>Con respecto de las nulidades absolutas, estas señala el Consejo de Estado son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Aclara que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. Así haya un único apelante, opera la causal de nulidad absoluta, por el poder-deber del juez del decreto oficioso de ella, porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.</p> <p>Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación</p>				

⁴³ Partida V, Título XIV, Ley XLIX.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>del principio de la reformatio in pejus porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.</p> <p>Para el caso en concreto, está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron el señor Jairo Ospina Cano y el Area Metropolitana de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1994, distinguido con el número 0366-1, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal de San Antonio de Carrizal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve como lo fue el de 60 días que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo. En efecto, el plenario da cuenta de que más de dos años después de haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996⁴⁴ y de que la obra finalmente no se construyó.</p> <p>La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre de 1994 ya que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. Por consiguiente, es consecuencia obligada la revocación de la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad absoluta del mencionado contrato.</p> <p>Como la administración le entregó al contratista la suma de \$11'367.829,75 a título de anticipo, se ordenará que este la restituya debidamente actualizada, teniendo en cuenta que se trata de un decreto oficioso de nulidad y que la entidad estatal no se ha beneficiado toda vez que el interés público no se ha satisfecho en medida alguna ya que el puente contratado no se construyó ni siquiera parcialmente. De otro lado, de no ordenarse la restitución del anticipo, el contrato cuya nulidad aquí se decreta terminaría en la práctica produciendo un efecto como si fuera válido y, lo que es peor, en detrimento del patrimonio público.</p>				
	<p>En la Sentencia del Consejo de Estado del 12 de diciembre de 2015, actuando como Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, expediente 51.489 se resolvió una demanda por desequilibrio económico del contrato, estudiando de manera oficiosa la planeación del contrato y su ausencia como generador de nulidad absoluta.</p> <p>El contratista pretende demandar el incumplimiento del Convenio 002 del 1 de febrero de 2007 por omisiones, abstenciones y actuaciones administrativas que derivo en un desequilibrio económico del contrato. Uno de los reclamos están asociados a la mayor permanencia. El objeto del contrato pretendía la construcción de 2026 viviendas y solo se construyeron 1.746. Se alega falta de planeación por parte de las</p>				

⁴⁴ Folio 36 del c. No. 1.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>entidades estatales demandadas por entrega tardía de los lotes y la realización de obras no pactadas.</p> <p>Esto fue lo que señaló la corporación en la consideraciones para decidir:</p>				
	<p><i>ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL</i></p> <p>El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general.</p> <p>Al respecto, se observa el principio de planeación, cuya ausencia ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.</p> <p>En efecto, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad,” razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación.</p> <p>Para cumplir con el principio de planeación deben observarse “parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia” puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado.</p> <p>Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2° del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.</p> <p>Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato.</p> <p>Así, por ejemplo, si una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.</p> <p>En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.</p> <p>Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.</p> <p>La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.</p> <p>“...Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”</p> <p>Dentro de esos parámetros se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las condiciones del contrato y las propuestas que se presenten durante el</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>respectivo proceso de escogencia del contratista.</p> <p>Ahora, en lo atinente al parámetro de oportunidad es bien sabido que este tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato y con la duración de su ejecución ya que, en cuanto a lo primero, debe procederse a la celebración del negocio cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsible, aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto contractual se llevará a feliz término, se entregará en óptimas condiciones y, en cuanto a lo segundo, involucra la inmediata y eficiente prestación del servicio público y el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato.</p> <p>Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.</p> <p>Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.</p> <p>De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.</p> <p>Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.</p> <p>Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.</p> <p>Así, también, puede concluirse que no en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución.</p>				
	<p><i>NULIDAD ABSOLUTA POR DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN</i></p> <p>Ha sido la posición de esta Sala de Subsección decretar la nulidad absoluta del contrato cuando encuentra que este adolece de objeto ilícito por infringir el principio de planeación, en desconocimiento de los artículos 209, 331 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.</p> <p>Sin embargo, no puede pasarse por alto que en fallo del 21 de agosto de 2014, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ordenó proferir nuevamente la sentencia de segunda instancia dentro del Expediente No. 24.809, prescindiendo de una nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, argumentando que, al pretender amparar el derecho fundamental de “acceder a la administración de justicia, en la modalidad de una sentencia efectiva”, debe decidirse el recurso de apelación, “bajo el entendido de que el desconocimiento del principio de planeación no genera nulidad del contrato por objeto ilícito.”</p> <p>Al respecto, deben preverse los efectos inter parte de los fallos de tutela, sobre los cuales la Corte Constitucional ha expresado: “Esta Corporación ha estimado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 2591 de 1991, los fallos de tutela sólo producen efectos interpartes, como quiera que la acción de tutela se instituyó como un mecanismo de defensa subjetivo de carácter personal y de contenido concreto, cuyo titular es la persona agravada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien tiene el deber de iniciarla directamente o por medio de apoderado”.</p> <p>De manera que el fallo de tutela proferido el 21 de agosto de 2014 por la Sección Cuarta solo tiene efectos frente a las partes dentro del contrato sobre el cual recayó el litigio que allí se analizó, a menos que se trate de un evento en que se reúnen los presupuestos facticos y jurídicos necesarios para acudir a la aplicación del precedente judicial.</p> <p>Sin embargo, comoquiera que el Juez de Tutela ha proferido un fallo judicial</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>donde se pronuncia sobre diferentes aspectos conceptuales, la Sala considera reiterar las precisiones que sobre el tema sostuvo: "habida cuenta de los yerros conceptuales de carácter sustancial en que incurre el fallo de tutela, se precise y se recuerde, en primer lugar, que no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio, puesto que como lo que se protege con esa sanción es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, no es tolerable ignorancia o desconocimiento alguno para eludir su protección pues lo contrario implicaría privilegiar el interés individual de quien dice desconocer o ignorar, en franco detrimento del interés general, lo cual es del todo inadmisibile.</p> <p>Cuestión diferente es que del conocimiento o de la ignorancia del vicio se deriven algunos efectos que en verdad no atañen a la estructuración de la nulidad absoluta sino a las consecuencias que produce su decreto judicial, puntualmente en lo que se refiere a las restituciones mutuas, tal como es fácil advertir con sólo darle lectura al artículo 1525 del Código Civil, empero esto en modo alguno enerva la configuración de la invalidez.</p> <p>En segundo lugar los artículos 6° y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que "... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa..." y que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...", lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.</p> <p>Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.</p> <p>Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobsevada sin ninguna consecuencia.</p> <p>Aquel recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de "si prescribe cómo y qué debe hacerse" o si se vierte "en restricciones, limitaciones o prohibiciones", y que su transgresión acarrea la nulidad absoluta del acto:</p> <p>"El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudar, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir "núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular”, sea “positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica”, “como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico. [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)”, esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).</p> <p>Pero el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también apareja la nulidad absoluta como sanción:</p> <p>“El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Tratase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (esentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalia negotia), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta.”</p> <p>Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Pero que sean las palabras de Claro Solar las que recuerden lo elemental, pero al parecer ignorado o por lo menos olvidado, sobre el objeto ilícito: "1918. – Hemos visto que para la validez de toda declaración de voluntad, o sea para todo acto o contrato, no basta que su objeto sea posible, cierto y determinado, sino que se requiere también que sea lícito. Para ser lícito es necesario que el objeto se conforme con la ley, sea reconocido por ella, y lo proteja y ampare. Para efectuar este reconocimiento y prestar la protección y amparo al objeto lícito, la ley adopta formas diversas que limitan de diversas maneras y en distinta forma la libertad individual con el objeto de asegurar la armonía y el orden social. De aquí resultan las distintas clases de leyes en que las decisiones del legislador se presentan; ya como simples declaraciones que indican, más que a la inteligencia que a la voluntad humana las condiciones necesarias a una institución jurídica para su validez y correcto funcionamiento ante los derechos e intereses privados en juego; ya para prescribir el mandato imperativo que debe ser ejecutado en beneficio de la generalidad y para asegurar el orden social y público; ya, en fin, para evitar por medio de una expresa prohibición la realización de actos o hechos que son contrarios al funcionamiento de todos los intereses legítimos y al mantenimiento de las buenas costumbres, de la justicia y de la equidad en las convenciones de los particulares.</p> <p>La forma con que el legislador ha revestido sus preceptos manifiesta la importancia que les atribuye; y da a entender su verdadera intención. Por eso distinguiendo la forma que toma el precepto del legislador, se considera que hay en general objeto ilícito en todo acto o contrato prohibido por la ley, y que obra contra la ley el que ateniéndose a lo literal de las palabras y al sentido a que éstas puede darse desconoce su verdadero espíritu y obra contra lo en ella preceptuado. No es dudoso decían los emperadores Theodosius y Valentinianus, que obra contra la ley , el que ateniéndose a sus palabras, obre contra su voluntad: non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem; ni podrá eximirse de las penas prescritas en las leyes, el que obra contra su sentido y maliciosamente se excusa, fijándose en el material sentido de sus palabras, nec poenas insertas legibus evitabit qui se contra iuris sententiam saeva praerrogativa verborum fraudulenter excussat. Y en seguida disponían: Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus ut legislatori quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat; ceteraque quasi expresa ex legis liceat voluntate colligere hoc est ut ea qua lege fieri prohibentur si fuerint facta non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est; por lo mismo es nulo el pacto, nula la convención, nulo el contrato, celebrado por aquellos que contratan contra la prohibición de la ley de contratar. Para las interpretaciones de las leyes, tanto antiguas como modernas, se aplicará el principio general; basta que el legislador haya prohibido lo que no quiere que se haga, y el resto se colige de esta misma voluntad; de suerte que si se verifica el acto prohibido por la ley, no sólo será inútil, sino como no hecho aun cuando el legislador al prohibirlo no hubiera añadido que sería inútil y de ninguna fuerza y valor."</p> <p>Así que tampoco es cierto, como desatinadamente lo pregona el fallo de tutela que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.</p> <p>Finalmente, jamás debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación puesto que el primero, el del contrato, es el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico, al paso que el segundo, el de la obligación, es la prestación que no es otra cosa que la conducta comisiva u omisiva que el deudor debe desplegar en favor del acreedor.</p> <p>Pero además, sostener que el objeto del contrato son "las obligaciones asumidas por las partes" (se subraya), como de forma simplista lo dijo el fallo de tutela, o que, con más simplicidad, es la prestación (lo que a su vez supone confundir la obligación con su objeto), implica incurrir en otro error aún más protuberante como es el de creer que los contratos sólo producen obligaciones cuando es elementalmente sabido que ellos también pueden regularlas o extinguirlas como de manera paladina lo dice el artículo 864 del Código de Comercio al preceptuar que "el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial..." (se resalta).</p> <p>Incurrir en semejantes confusiones conceptuales puede conducir, como en efecto ocurre y ha ocurrido en este caso, a negar la existencia de un objeto ilícito cuando un contrato se celebra en circunstancias contrarias a las ordenadas imperativamente por la ley, tal como sería el caso de no observar el principio de planeación en la celebración de los contratos estatales.</p> <p>Lo particular de este asunto es que los integrantes de la Sala de Decisión que determinaron el sentido en que había de fallarse la tutela, excepción hecha por obvia razón del Conjuez que hubo de designarse para superar el empate, en precedente oportunidad habían acompañado la posición de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuando en sentencia del 8 de julio de 2014 al decidir sobre el control de legalidad inmediato del Decreto 2962 de 2011, refiriéndose al principio de planeación se sostuvo:</p> <p>"(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales.</p> <p>Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal."</p> <p>Luego, si el principio de planeación en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Y no se olvide que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser decretada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes que lo celebraron, posibilidad que constituye un poder-deber para el juzgador y por lo tanto, como deber, no puede eludirse ni excusarse cada vez que se reúnan los presupuestos para decretar oficiosamente la invalidez absoluta.</p> <p>En efecto, si se tiene en cuenta que la nulidad absoluta protege fundamentalmente el interés general que envuelve el orden público y las buenas costumbres, se entiende y se justifica ese control de legalidad que el orden jurídico ha puesto en manos de los juzgadores.</p> <p>Así que el juez que no ejerce ese poder y no cumple con ese deber, está violando la ley”</p> <p>En este sentido, la Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean:</p> <p>1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.</p> <p>2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.</p> <p>3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.</p> <p>En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.</p>				
	<p>En esos términos concluye el Consejo de Estado que primero para reclamar desequilibrio económico se requiere el aporte de prueba idónea que demuestre dicho desequilibrio. Luego recuerda que en los contratos de obra se pacta un porcentaje del contrato para atender los imprevistos, y es carga del contratista demostrar que la partida le fue insuficiente, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia. Igualmente trae a colación otras sentencias que establecen que la voluntad presentada por el contratista en aquellos casos en que se han prorrogado o suspendido el contrato y él ha prestado su consentimiento, lo le otorga derecho para que posteriormente argumente desequilibrio económico. Y agrega:</p> <p>“En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <p>1. Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.</p> <p>2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.</p> <p>3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>4. Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.”</p> <p>Ya para el caso en concreto decide revisar la nulidad absoluta decretada por el Tribunal Administrativo como primera instancia, al considerar que no se dieron los presupuestos para calificar el objeto ilícito que denunció la primera instancia.</p>				
2.	<p><u>CASOS PRÁCTICOS SOBRE LA AUSENCIA DE PLANEACION EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES</u></p>				
	<p>Como ejemplos inadecuados de atender este principio de planeación se encuentra la construcción del Hospital de la Calera por parte del Departamento de Cundinamarca⁴⁵; o la construcción de una procesadora de yuca en el Municipio de Tamalameque en el Departamento del Cesar que se construyó hace 11 años a un costo de 15 mil millones de peso y nunca a operado por cuanto en la región no se cultiva yuca⁴⁶. Recientemente los medios de comunicación están denunciando otros casos⁴⁷:</p> <p>En Cartagena se denuncia que se hicieron dos puentes peatonales para comunicar dos barrios pero uno de ellos nadie lo usa, una construcción que tiene 20 años.</p> <p>En Barranquilla en el año 2006 se comenzó la construcción de la Avenida del Rio cuyo costo se estimó en 27 mil millones de pesos, pero el proyecto solo se ejecutó en un 65% y los predios de la obra se encuentran invadidos.</p> <p>En el municipio del Hobo en el Huila de 5.000 habitantes se le construyó por parte del Gobernador de entonces Rodrigo Villalba, un terminal de transportes y un parador turístico que nunca ha entrado en operación, para una obra cuyo costo fue de 950 millones de pesos y que comenzó en el año 2006.</p>				

⁴⁵ Caso que me tocó evaluar durante mi gestión como Jefe de Control Interno de la Gobernación de Cundinamarca en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2007, por cuanto los medios de comunicación denunciaban que el gobierno no tenía interés en poner en operación esa infraestructura. Lo que encontramos es que los estudios previos informaban que la obra tenía un costo de dos mil millones de pesos, cuando realmente costó más de tres mil millones; pero con el agravante que los mismos estudios indicaban que la poner en funcionamiento el Hospital implicaba la pérdida de gastos operacionales por cuatro años. Por lo tanto, al costar más la obra, se incrementarían las pérdidas operacionales. Por otro lado los estudios previos indicaban que para la viabilidad del Hospital se requería adicionalmente se cerrara el Centro de Salud. En virtud de todo lo encontrado en la auditoría realizada se recomendó no ordenar la apertura del Hospital por los riesgos que significaba para lo relacionado con la responsabilidad fiscal y máxime que La Calera queda a 45 minutos de Bogotá y la misma tiene un Hospital de tercer nivel como es el Hospital de la Samaritana.

⁴⁶ Noticias RCN del medio día del día 22 de agosto de 2011.

http://www.canalrcnmsn.com/noticias/denuncian_elefante_blanco_en_tamalameque_cesar

Denuncian elefante blanco en Tamalameque, Cesar

Hace 11 años instalaron una planta industrial para el procesamiento de yuca que costó 15 mil millones de pesos, pero en la región solo se produce palma de aceite. Hoy, la procesadora que fue traída de Brasil, se consume entre la maleza y la corrosión.

La planta industrial tiene capacidad para procesar tres toneladas y media de yuca cada hora, y en la región, prometía ser la redención laboral, pero 11 años después la consume la maleza. La estructura equipada con máquinas de tecnología brasilera no ha sido utilizada porque en la región no hay cultivos de yuca. La zona tiene extensas plantaciones de palma de aceite.

La maquinaria se corroe a la intemperie porque nadie quiso sembrar yuca. En Colombia solo existen tres plantas procesadoras de yuca industrial: en Córdoba, en Putumayo y la de Tamalameque.

⁴⁷ El Tiempo. Domingo 22 de enero de 2012.

Siete "maravillas" de la improvisación.

La corrupción. La otra locomotora. Editorial de Salud Hernández Mora.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>En la capital de Caquetá (Florencia) en el año 2009 se construyó el Barrio La Gloria como vivienda de interés social con 400 soluciones y un mega colegio. Su costo ascendió a 8.000 mil millones de pesos, pero no está en uso por falta de redes adecuadas de acueducto y alcantarillado y una planta de tratamiento de aguas residuales. El colegio está sin dotación y por supuesto sin alumnos.</p> <p>La Gobernación de Santander en el Municipio de Puerto Wilches decidió en el año 2010 construir un sistema de tres puentes metálicos para comunicar las veredas de Santa Catalina con Bocas del Rosario y para ello destinó para el puente de la mitad 298 millones, pero nunca construyó los dos de los extremos y por ello las poblaciones siguen incomunicadas. Ya en 1994 el Fondo de Caminos Vecinales comenzó la construcción del puente sobre el río Lebríja pero nunca lo terminó, con un costo de 571 millones.</p> <p>Por su parte Salud Hernández denuncia que en Chiriguana (Cesar) hay un desagüe de aguas negras a medio hacer y una tubería enterrada de un alcantarillado inconcluso; el colegio Rafael Emilio Argote que se ha reconstruido tres veces y esta inacabado; una planta de tratamiento de aguas sin líquido; una biblioteca de vidrios polarizados sin libros; unos parques de cemento mal acabados sin sombras. Otros proyectos de inversión como la contratación el 2 de diciembre de 2011 y por 15 días de ejecución del denominado "la guerra contra el piojo", por la suma de 161 millones de pesos y otro proyecto contra los murciélagos.</p>				
2.5	LICENCIAS URBANÍSTICAS (DECRETO 019 DE 2012)				Folio No.
	<p>Las autorizaciones previas son reguladas nuevamente por el decreto 019 de 2012 (decreto anti trámites) en lo que respecta a licencias de construcción y normas técnicas:</p> <p>En primer lugar el artículo 182 del decreto y referente a las licencias urbanísticas modificó los numerales 1 y 7 del artículo 99 de la Ley 388 de 1997, de la siguiente manera:</p> <p>"1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.</p> <p>La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.</p> <p>El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas y demás reglamentaciones en que se fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma.</p> <p>Las modificaciones de licencias vigentes se resolverán con fundamento en las normas urbanísticas y demás reglamentaciones que sirvieron de base para su expedición."</p> <p>Adicionalmente el artículo 183 del decreto modificó el artículo 2 de la Ley 400 de 1997, quedando en los siguientes términos:</p> <p>"Artículo 2. Alcance. Las construcciones que se adelanten en el territorio de la República deberán sujetarse a las normas establecidas en la presente Ley</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>y en las disposiciones que la reglamenten.</p> <p>Corresponde a las oficinas o dependencias distritales o municipales encargadas de conceder las licencias de construcción, la exigencia y vigilancia de su cumplimiento. Estas se abstendrán de aprobar los proyectos o planos de construcciones que no cumplan con las normas señaladas en esta Ley o sus reglamentos.</p> <p>La construcción deberá sujetarse estrictamente al correspondiente proyecto o planos aprobados.</p> <p>PARÁGRAFO. En todo caso, salvo disposición legal en contrario, las autoridades municipales y distritales no podrán expedir ni exigir el cumplimiento de normas técnicas o de construcción diferentes a las contempladas en esta ley y en las disposiciones que la reglamenten."</p> <p>Por otra parte en el artículo 192 del decreto estableció aquellos casos en los cuales no se requiere licencia urbanística o un trámite especial:</p> <p>1. No se requerirá licencia urbanística de urbanización, parcelación, construcción o subdivisión en ninguna de sus modalidades para:</p> <p>a. La construcción, ampliación, adecuación, modificación, restauración, remodelación, reforzamiento, demolición y cerramiento de aeropuertos nacionales e internacionales y sus instalaciones, tales como torres de control, hangares, talleres, terminales, plataformas, pistas y calles de rodaje, radioayudas y demás edificaciones transitorias y permanentes, cuya autorización corresponda exclusivamente a la Aeronáutica Civil, de acuerdo con el Decreto-Ley 2724 de 1993 o las normas que lo adicionen, modifique o sustituya.</p> <p>b. La construcción, de proyectos de infraestructura de la red vial y férrea nacional, regional, departamental y/o municipal; puertos marítimos y fluviales; infraestructura para la exploración, explotación y distribución de recursos naturales no renovables, como hidrocarburos y minerales e hidroeléctricas.</p> <p>c. La construcción de las edificaciones necesarias para la infraestructura militar y policial destinadas a la defensa y seguridad nacional.</p> <p>2. No se requerirá licencia de construcción en ninguna de sus modalidades para la ejecución de estructuras especiales, tales como: puentes, torres de transmisión, torres y equipos industriales, muelles, estructuras hidráulicas y todas aquellas estructuras cuyo comportamiento dinámico difiera del de edificaciones convencionales.</p> <p>Cuando este tipo de estructuras se contemple dentro del trámite de una licencia de construcción, urbanización o parcelación no se computarán dentro de los índices de ocupación y construcción y tampoco estarán sujetas al cumplimiento de la Ley 400 de 1997 y sus decretos reglamentarios, o las normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan.</p> <p>3. Solo requerirán licencia de construcción en cualquiera de sus modalidades, las edificaciones convencionales de carácter permanente que se desarrollen al interior del área del proyecto, obra o actividad de que tratan los literales b) y c) del numeral primero del presente artículo, con el fin de verificar únicamente el cumplimiento de las normas de sismo resistencia y de más reglamentos técnicos que resulten aplicables por razón de la materia.</p> <p>Dichas licencias serán otorgadas por el curador urbano o la autoridad municipal competente con fundamento en la Ley 400 de 1997 y sus decretos reglamentarios, o las normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan; y en todas aquellas disposiciones de carácter especial que regulen este tipo de proyectos. En ninguno de los casos señalados en este numeral se requerirá licencia de urbanización, parcelación ni subdivisión.</p> <p>Agrega un párrafo que lo previsto en el artículo 192 no excluye de la obligación de tramitar la respectiva licencia de intervención y ocupación del espacio público, cuando sea del caso, de acuerdo con lo definido en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
2.6	LICENCIAS AMBIENTALES PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA (LEY 1682 DE 2013)				
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 8° se define como principio de la ley de infraestructura la sostenibilidad ambiental en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 8°. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes principios, bajo los cuales se planeará y desarrollará la infraestructura del transporte:</p> <p>...</p> <p>Sostenibilidad ambiental. Los proyectos de infraestructura deberán cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la legislación ambiental y contar con la licencia ambiental expedida por la Anla (Sic) o la autoridad competente”.</p> <p>Por su parte el artículo 39 de la ley en mención establece que los proyectos de infraestructura de transporte deberán incluir la variable ambiental, en sus diferentes fases de estudios de ingeniería, prefactibilidad, factibilidad y estudios definitivos, para aplicarla en su ejecución. Agrega que para el efecto, en desarrollo y plena observancia de los principios y disposiciones constitucionales que protegen el medio ambiente, las fuentes hídricas y los recursos naturales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en coordinación con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales expedirá los términos de referencia integrales, manuales y guías para proyectos de infraestructura de transporte (para lo cual tienen un término máximo de sesenta (60) días calendario, a partir de la promulgación de la ley 1682).</p> <p>Continua el artículo 39 en mención que durante la realización de los Estudios de Prefactibilidad, la entidad o el responsable del diseño, debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para poder, finalizados estos, obtener la viabilidad de una de las alternativas del proyecto por parte de la autoridad ambiental competente. Una vez culminados los Estudios de Factibilidad, la entidad o el contratista si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, cuando a ello haya lugar, está obligado a adelantar con carácter de insumo y fundamento indispensable para gestionar y obtener la Licencia Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental.</p> <p>En todo caso, el proceso de licenciamiento ambiental podrá iniciarse una vez se cuente con los Estudios de Factibilidad y el Estudio de Impacto Ambiental. A partir de tales estudios la autoridad ambiental deberá realizar la evaluación y adoptar la decisión respectiva. Lo anterior sin perjuicio de la información adicional que de manera excepcional podrá solicitar la autoridad ambiental para tomar la decisión correspondiente.</p> <p>Como un avance importante al principio de planeación, el artículo 39 ibidem indica que a partir del tercer año siguiente a la promulgación de la ley 1682 de 2013, es decir, en noviembre del año 2016, se establece como requisito previo a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, que la entidad pública estará obligada a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental competente con base en estudios de prefactibilidad, haber culminado los Estudios de Factibilidad y haber concluido el proceso de consulta previa con la respectiva comunidad hasta su protocolización, si procede la misma. Para el efecto, la autoridad ambiental deberá cumplir con los términos legales en materia de licenciamiento ambiental y los establecidos en esta ley, de modo que esta será responsable de los daños y perjuicios que se causen a los particulares, como consecuencia del incumplimiento de los términos establecidos en la ley el</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>retardo injustificado por parte de la autoridad ambiental podrá acarrear las investigaciones y sanciones disciplinarias establecidas en la Ley 734 de 2002.</p> <p>Con respecto a la gestión para la obtención de la licencia ambiental, el artículo 40 establece que con fundamento en los estudios de que trata el artículo 39 podrá adelantarse por la entidad pública, el concesionario y/o contratista, y agrega que la responsabilidad de gestión y obtención de la Licencia Ambiental deberá pactarse en el respectivo contrato. Por su parte la norma indica que es deber del Ministerio del Interior liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando sea requerido para la obtención de la licencia ambiental del proyecto de infraestructura de transporte y la entidad contratante será responsable de los compromisos que se adquieran con las comunidades.</p> <p>Cuando se trate de cambios en las licencias ambientales, el artículo 41 advierte que las modificaciones menores o ajustes normales dentro del giro ordinario de la actividad licenciada y que no impliquen nuevos impactos ambientales, podrán ejecutarse, previo aviso a la autoridad ambiental, sin que esta deba pronunciarse y sin la necesidad de adelantar el trámite para el procedimiento de modificación de la Licencia Ambiental y/o autorización, teniendo en cuenta para ello el listado previsto en la reglamentación correspondiente. Agrega el artículo 41 que el Gobierno Nacional, que para estos efectos se entiende conformado por los Ministerios de Transporte y Ambiente, previo concepto de la <u>Autoridad Nacional</u> de Licencias Ambientales, y reglamentará en un término máximo de noventa (90) días calendario a partir de la promulgación de la ley 1682 el listado de cambios menores o ajustes normales en proyectos de infraestructura de transporte.</p> <p>Con respecto a las fuentes de materiales, advierte el artículo 42 que cuando durante la ejecución de un proyecto de infraestructura de transporte se identifiquen y se requieran nuevas fuentes de materiales, previa solicitud del responsable contractual, se adelantará ante la Autoridad Ambiental una solicitud de modificación de Licencia Ambiental exclusiva para la inclusión de nuevas fuentes de materiales en la Licencia Ambiental. Este trámite no podrá ser superior a treinta (30) días contados a partir del radicado de la solicitud, siempre que la información se encuentre completa. Para este efecto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expedirá los correspondientes Términos de Referencia dentro de los sesenta (60) días calendario, siguientes a la expedición de la ley 1682.</p> <p>Si se trata de obras de emergencia el artículo 43 establece que una vez declarada por el Gobierno Nacional la existencia de una emergencia que afecte gravemente un proyecto de infraestructura de transporte, la entidad competente procederá a solicitar a la autoridad ambiental competente el pronunciamiento sobre la necesidad o no de obtener licencia, permisos o autorizaciones ambientales. La autoridad sin perjuicio de las medidas de manejo ambiental que ordene adoptar, deberá responder, mediante oficio, de manera inmediata.</p> <p>COMENTARIO: Sobre este particular llama la atención de la norma en comento que solo se refiere al Gobierno Nacional, sin embargo, la emergencia puede ser generada por actos administrativos en virtud de las atribuciones de los artículos 42 y 43 de la ley 80 de 1993 relativo a la urgencia manifiesta, que está relacionada con el mismo tema, pero no fue considerada dentro de la posibilidad que dicho trámite se sirviera de la obtención de la licencia ambiental por este mecanismo.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Importante es la regulación del artículo 44 de la ley 1682 sobre la descripción de los siguientes proyectos sobre infraestructura de transporte que no requieren licencia ambiental:</p> <p>a) Proyectos de mantenimiento;</p> <p>b) Proyectos de rehabilitación;</p> <p>c) Proyectos de mejoramiento.</p> <p>Para el debido cumplimiento de la presente disposición, el Gobierno Nacional, que para estos efectos se entiende conformado por los Ministerios de Transporte y Ambiente, <u>en coordinación</u> con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, reglamentará en un término máximo de noventa (90) días calendario, a partir de la fecha de expedición de la ley 1682, el listado de actividades de mejoramiento en proyectos de infraestructura de transporte.</p> <p>Agrega el parágrafo del artículo 44 que en el evento que una o más actividades de mejoramiento requiera permisos o autorizaciones ambientales, la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces, deberá tramitarlos y obtenerlos, cuando a ello haya lugar.</p> <p>Finalmente señala el artículo 45 de la ley 1682 que para la elaboración de los estudios ambientales requeridos para gestionar, obtener y modificar la Licencia Ambiental de proyectos de infraestructura de transporte, se entenderá que el permiso de recolección de especímenes silvestres de la diversidad biológica, como todos los demás permisos, está incluido dentro de la licencia ambiental.</p>				
2.7	<u>TRASLADO O REUBICACIÓN DE REDES Y ACTIVOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, DE TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN Y TELECOMUNICACIONES Y LA INDUSTRIA DEL PETROLEO</u>				
	<p>De los graves problemas que tienen los proyectos de infraestructura del transporte está relacionado con las redes subterráneas relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, o las redes que transportan los sistemas de información o de telecomunicaciones y aquellos ductos que conducen el petróleo y sus derivados. Por ello la ley 1682 regula la materia en los artículos 46 y siguientes.</p> <p>Señala el artículo 46 que la ley de infraestructura pretende regular la protección, traslado o reubicación de redes y activos de servicios públicos, de tecnologías de la información y las comunicaciones y de la industria del petróleo, instaladas en predios requeridos para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte y en las fajas de retiro obligatorio, inclusive con anterioridad a la vigencia de la Ley 1228 de 2008. Agrega la norma que la regulación también es aplicable para el otorgamiento de permisos de instalación de nuevas redes de manera coordinada con los trazados y proyecciones de los proyectos de infraestructura de transporte, las cuales en ningún caso podrán ser oponibles para las expansiones futuras. Igualmente es aplicable para las redes que se encuentren instaladas previamente sobre nuevos trazados de proyectos de infraestructura de transporte.</p> <p>Establece el artículo 47 en desarrollo del principio de planeación que las entidades públicas o personas de derecho privado responsables de formular y ejecutar proyectos de infraestructura de transporte deberán analizar, en cada caso lo siguiente:</p> <p>1. La pertinencia de proteger, trasladar o reubicar las redes y activos de servicios públicos, de la industria del Petróleo o de tecnologías de la</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>información y de las comunicaciones como consecuencia del desarrollo de estos proyectos o de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura. En todo caso deberá primar la opción que implique menores costos e impactos generales.</p> <p>2. Las condiciones técnicas, legales y financieras bajo las cuales se efectuará dicha protección, traslado o reubicación.</p> <p>3. La existencia de convenios o acuerdos para la protección, traslado o reubicación de redes y activos con prestadores de servicios públicos u operadores de redes, activos y servicios de tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la Industria del Petróleo.</p> <p>Realizado el anterior análisis, las entidades públicas o personas de derecho privado responsables de formular y ejecutar proyectos de infraestructura de transporte podrán:</p> <p>a) Aplicar el convenio o acuerdo vigente para realizar la protección, el traslado o reubicación de redes y activos;</p> <p>b) Celebrar los convenios o acuerdos necesarios para establecer o definir las condiciones para realizar la protección, el traslado o reubicación de redes y activos;</p> <p>c) De no lograr ningún acuerdo, se deberá adelantar el procedimiento para la protección, reubicación o traslado de redes y activos de que trata el artículo 48 de la ley 1682, a partir de su numeral 4.</p>				
2.7.1	<p>PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN, REUBICACIÓN O TRASLADO DE ACTIVOS Y REDES</p>				
	<p>El artículo 48 de la ley 1682 regula el procedimiento para la protección, reubicación o traslado de activos y redes, señalando que cuando una entidad pública responsable de un proyecto de infraestructura de transporte identifique la necesidad de trasladar, reubicar o proteger, entre otros, redes o activos de servicios públicos, de la industria del petróleo, o de tecnologías de la información y las comunicaciones, deberá:</p> <p>1. Enviar comunicación escrita al prestador u operador pertinente, indicándole la ubicación georreferenciada del proyecto de infraestructura de transporte y demás información disponible que se requiera para identificar la(s) red(es) y activo(s) específicos a proteger, reubicar o trasladar.</p> <p>2. Informarle al prestador u operador del servicio sobre la existencia de convenios, contratos o cualquier acuerdo de voluntades en virtud de los cuales la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte y el prestador y/u operador hayan definido sus derechos y obligaciones relacionadas con la protección, el traslado o reubicación de redes y activos.</p> <p>3. El prestador y/u operadores atenderá la comunicación indicada en el numeral primero del presente artículo dentro de los treinta (30) días calendario a su recibo, informando por escrito:</p> <p>I. Tipología y caracterización de la red o activo según el servicio al que corresponda.</p> <p>II. Inventario de elementos que conforman la red o activo objeto de</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>protección, traslado o reubicación y dimensionamiento, según aplique.</p> <p>III. Los permisos, autorizaciones o licencias concedidas al prestador y/u operador para la instalación de la red o activo.</p> <p>IV. El momento en el cual fueron instaladas las redes o activos objeto de protección, traslado o reubicación.</p> <p>V. El análisis y cuantificación de los costos asociados estimados a la protección, traslado o reubicación de la red o activo.</p> <p>VI. Los acuerdos de confidencialidad que haya lugar a suscribir entre el solicitante, el prestador u operador del servicio, de conformidad con la información entregada en cada caso.</p> <p>4. Con dicha información, la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces podrá suscribir acuerdos con el prestador u operador en los que se defina diseño, costo, construcción y demás condiciones para realizar la protección, el traslado o reubicación de redes y activos a cargo del operador. Para el efecto, el prestador u operador será el responsable de suministrar el diseño de la red o activo a trasladar, proteger o reubicar en un término perentorio de dos (2) meses, cuando estos sean necesarios.</p> <p>De no llegarse a un acuerdo, sobre los costos y tiempo de ejecución, en un término de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la entrega de los diseños, la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces, podrá realizar la protección, el traslado o reubicación de las redes y/o activos bajo su propia cuenta, de conformidad con la normatividad técnica vigente, y deberá garantizar que el activo a proteger, trasladar o reubicar cumpla con las mismas condiciones técnicas que el activo o red original, de conformidad con la información suministrada por el operador o prestador. De no ser posible, con las condiciones técnicas equivalentes que prevea la normatividad técnica sectorial vigente, el reglamento técnico del prestador y/o las reglamentaciones internacionales aplicables según corresponda para cada sector, que garanticen la prestación del servicio.</p> <p>Una vez realizado el traslado o reubicación, el prestador u operador deberá disponer de las redes o activos desmantelados y la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte o quien haga sus veces hará entrega de la red o activo trasladados o reubicados a su respectivo propietario, para lo cual se suscribirán los documentos a que haya lugar. El prestador u operador estará en la obligación de recibir la red o activo trasladado o reubicado.</p> <p>Agrega el parágrafo primero del artículo 48 que el inicio de la ejecución de las obras de protección, traslado o reubicación de las redes y activos quedará sujeto al otorgamiento de los permisos, autorizaciones y/o licencias pertinentes así como la constitución de las servidumbres a que haya lugar, a fin de no afectar la continuidad del servicio público respectivo, los cuales deberán ser tramitados ante las autoridades competentes.</p> <p>Con respecto a los proyectos de asociación público privada de que trata la ley 1508 de 2012, el parágrafo segundo del mismo artículo establece que cuando una persona natural o jurídica en desarrollo de un proyecto de asociación público-privada requiera esta información en etapa de estudios de ingeniería de factibilidad, deberá elevar solicitud a la entidad pública responsable del proyecto de infraestructura de transporte, fundamentando la necesidad. Agrega el parágrafo segundo que revisada la solicitud, la entidad pública solicitará la información de manera directa al prestador y operador del servicio, en un plazo máximo de 15 días calendario. La información suministrada será recibida como confidencial y bajo reserva.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Por su parte el párrafo tercero advierte que este procedimiento será aplicable para los proyectos de infraestructura en ejecución y los que se desarrollen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1682.</p> <p>Finaliza la norma con el párrafo cuarto señalando que una vez finalizado el traslado, la protección o reubicación de la red o activo el prestador y/u operador deberá reportar a la Comisión de Regulación correspondiente y a la Superintendencia o al Ministerio de Minas y Energía para el caso de activos de petróleo, la descripción del proyecto con el listado de activos involucrados para que sean tenidos en cuenta los efectos tarifarios presentes o futuros cuando a ello haya lugar. En estos casos, la inversión a reconocer al prestador u operador por las nuevas redes o activos trasladados, protegidos o reubicados no podrá ser superior a la inversión reconocida, que no haya sido pagada o amortizada vía tarifa, por las redes o activos originales.</p> <p>Por otra parte el artículo 49 reglamenta los criterios para la determinación del valor de los costos asociados a la protección, traslado o reubicación de redes o activos. Para efectos de la determinación del valor de los costos asociados a la protección, traslado o reubicación de redes o activos, se aplicarán los valores de mercado de acuerdo con la región en donde se encuentren ubicados o la regulación sectorial vigente.</p> <p>En todo caso no se podrá solicitar u obtener remuneración alguna por costos que han sido recuperados o que se encuentren previstos dentro de la regulación sectorial vigente. Sobre este mismo tema, la norma indica que los costos asociados a la protección, traslado o reubicación de redes y activos con ocasión del desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, serán asumidos por el proyecto de infraestructura de transporte, salvo que (art. 50):</p> <p>a) Exista un permiso otorgado o autorización para la instalación de la red o activo, que haya sido condicionado a la expansión de la infraestructura de transporte, caso en el cual, el prestador y/u operador deberá asumir los costos asociados a la protección, traslado o reubicación;</p> <p>b) Exista un acuerdo vigente suscrito por las partes, caso en el cual las partes respetarán dicho acuerdo;</p> <p>c) Las redes o activos que hayan sido instaladas en las fajas o zonas reservadas a que se refiere la Ley 1228 de 2008 con posterioridad a su promulgación, caso en el cual, el prestador y/u operador deberá asumir los costos asociados a la protección, traslado o reubicación.</p>				
2.7.2	CONTRATOS DE APOORTE REEMBOLSABLE PARA EL TRASLADO O REUBICACIÓN DE REDES Y OTRAS DISPOSICIONES				
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 51 el Instituto Nacional de Vías (Invías), la agencia nacional de Infraestructura, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), Cormagdalena, la Dirección General Marítima (Dimar) y demás autoridades del orden nacional o territorial que tengan a su cargo la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, podrán celebrar contratos de aporte reembolsable con los prestadores y operadores de servicios públicos, de redes, activos y servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) o de la industria</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>del petróleo, entre otros, responsables del traslado o la reubicación de redes para la planeación, estudios, permisos, y demás actividades requeridas para el desarrollo de obras de infraestructura de transporte, mediante los cuales la entidad pública aportará, en calidad de crédito reembolsable, los recursos requeridos para las obras de traslado o reubicación reconocidos tarifariamente.</p> <p>La tasa de interés aplicable al citado crédito no podrá ser inferior a la que ha establecido la autoridad competente para determinar la tarifa regulada como remuneración a las inversiones del prestador y operador de servicios públicos, de redes y servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), o de la Industria del Petróleo y el término para la cancelación total del crédito no podrá ser superior al previsto para la recuperación de dichas inversiones por el traslado o la reubicación de las redes por vía de tarifas.</p> <p>Luego el artículo 52 referente a la suspensión en interés del servicio señala que cuando por efecto del traslado de las redes y activos de servicios públicos, servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) o de la Industria del Petróleo, sea necesario suspender la prestación del servicio público o afecte las condiciones de continuidad y/o calidad del servicio, la responsabilidad derivada de la suspensión no será imputable al prestador de servicios públicos o al operador de redes, activos y servicios de tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la Industria del Petróleo, entre otros, ni afectará los indicadores de calidad definidos en la regulación sectorial vigente, ni se considerará falla en la prestación del servicio. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de la normatividad de protección al usuario relativa a interrupciones programadas de los servicios que resulten afectados.</p> <p>Señala el artículo 53 que en los nuevos proyectos que inicien su estructuración a partir de la promulgación de la ley 1682 para la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de nuevos tramos de infraestructura de transporte, deberá preverse la incorporación de infraestructura para el despliegue de redes públicas de tecnologías de la información y las comunicaciones o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, previa solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces. Agrega la norma que para estos efectos, los proveedores de Redes y Servicios podrán solicitar a las entidades estructuradoras de proyectos de infraestructura de transporte información sobre los proyectos en etapa de estructuración o consultar en los sistemas de información disponibles del sector transporte dicha información, con el objeto de manifestar su interés al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acuerdo con las necesidades de tecnologías de la información y de las comunicaciones. Concluye que la financiación del costo de construcción de la infraestructura para el despliegue de las redes públicas de TIC y su mantenimiento estarán a cargo en primera instancia de los proveedores de estos bienes y servicios de telecomunicaciones, o cuando sea declarado estratégico para la Nación y no exista interés privado lo podrá financiar el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones "Fontic", para lo cual se realizarán los convenios y apropiaciones presupuestales correspondientes.</p> <p>Considera el parágrafo del artículo 53 que la infraestructura de redes de tecnologías de la información y de las comunicaciones instaladas y por instalarse en los proyectos de infraestructura de transporte podrá ser utilizada por el Ministerio de Transporte y la Policía de Carreteras. Para el efecto, se suscribirá el respectivo convenio con el dueño de la infraestructura.</p> <p>Por su parte el artículo 54 al regular la integración de redes y activos considera que cuando por motivo de la implementación de proyectos de</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>infraestructura de transporte se requiera trasladar o reubicar redes y activos de servicios públicos y actividades complementarias o de tecnologías de la información y de las comunicaciones o de la industria del petróleo entre otros, se deben integrar a los corredores de redes y activos existentes y más cercanos, cumpliendo con la normatividad vigente para lograr la optimización de la ocupación física del terreno y del espacio aéreo, en la medida de lo técnicamente posible.</p> <p>Finalmente el artículo 55 modificó el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1228 de 2008 y le adicionó un párrafo con relación al ancho de la franja o retiro respecto de que esta permitido y prohibido en dicho sector.</p>				
2.8	<u>INTERVENTORÍA EXTERNA EN CONTRATOS SUPERIORES A LA MENOR CUANTÍA</u>				
	<p>Adicionalmente hay que tener en consideración que la misma ley anticorrupción impuso una obligación para las entidades estatales y es el referido a la incorporación dentro del principio de planeación, que cuando el valor del contrato supere la menor cuantía, la entidad si no tiene personal especializado dentro de su planta tendrá que contratar la interventoría externa, esto es lo que señala el párrafo del artículo 83 de la ley 1474 de 2011:</p> <p>ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL.</p> <p>...</p> <p>PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.</p> <p>PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.</p>				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	ETAPA DE PLANEACION				
	<p>De conformidad con el artículo 60 del proyecto, en la etapa de planeación las Entidades Estatales deben definir las necesidades de contratación de bienes, obras y servicios y adelantar los análisis, estudios de mercado y consultas al mercado, teniendo en cuenta los planes y políticas nacionales y territoriales y su necesidad de articulación. Con base en la información recogida y su análisis, las Entidades Estatales deben definir la forma como seleccionarán al contratista de acuerdo con los artículos 51 a 53 de la presente ley, los criterios de la selección y las generalidades del contrato, así como el cronograma del Proceso de Contratación.</p> <p>En esta etapa las Entidades Estatales deben definir, si hay lugar a ello, las especificaciones técnicas del bien, obra o servicio las cuales pueden estar referidas a normas técnicas nacionales o internacionales y los requisitos necesarios para ejecutar el objeto del negocio jurídico, tales como licencias o autorizaciones. Las normas técnicas deben garantizar a los interesados acceso al Proceso de Abastecimiento en condiciones de igualdad y competencia. Las especificaciones técnicas no deben hacer referencia a una fabricación, origen o procedimiento determinado, salvo que no sea posible hacer una descripción clara por lo cual de forma excepcional la Entidad Estatal puede referirse a una marca o procedimiento concreto utilizando</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>después la expresión o "su equivalente".</p> <p>La Entidad Estatal debe iniciar la gestión del riesgo en los términos del artículo 10 del proyecto, en la etapa de planeación. En los contratos que tengan un plazo mayor a dos vigencias, en los documentos del Proceso de Abastecimiento la Entidad Estatal debe definir la forma como: (i) hará seguimiento a la situación financiera del contratista; y (ii) mantendrá cubiertos los riesgos de la ejecución del contrato en caso de que esta situación se vea afectada durante la ejecución del contrato.</p> <p>Si el objeto del contrato incluye el diseño y ejecución de obras, en la etapa de planeación la Entidad Estatal debe haber definido la viabilidad de las mismas desde el punto de vista técnico, económico, social, ambiental y predial, soportada en estudios y diseños.</p> <p>En la etapa de planeación las Entidades Estatales establecen los términos y condiciones de la contratación, los cuales deben contener las reglas para la presentación de ofertas, los factores objetivos para la selección, los derechos y obligaciones de las partes, los elementos del contrato de acuerdo con lo establecido en la presente ley, y el proyecto del contrato.</p> <p>La etapa de planeación termina con la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la publicación de los documentos del Proceso de Abastecimiento durante un plazo prudencial definido por la Entidad Estatal, de acuerdo con el objeto del contrato, el artículo 65 de la presente ley y los Acuerdos Comerciales. En ese plazo, la Entidad Estatal debe recibir, valorar y responder las observaciones de los interesados sobre los documentos del Proceso de Contratación.</p>				
2.9	ESTUDIOS PREVIOS EN EL DECRETO REGLAMENTARIO 1082 DE 2015				
	<p>Artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. Estudios y documentos previos.</p> <p>Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:</p>				
2.9.1	La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.				Folio No.
2.9.2	<p>El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.</p> <p>COMENTARIO: Las autorizaciones, permisos y licencias es una redacción que no se encontraba en el decreto 734 de 2012 y recoge de alguna manera una recomendación que siempre se formuló basado en la interpretación que originalmente nosotros hicimos del numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y que insistimos con la expedición del artículo 87 de la ley 1474 de 2011; para que finalmente se convierta en una exigencia del reglamentario del Estatuto de Contratación de la administración pública. Por lo tanto, en nuestra consideración una convocatoria pública no podrá expedirse el acto administrativo que ordena la apertura si no tiene licencia de construcción o licencia ambiental y el proyecto de inversión lo requiere, salvo que se contrate diseños y construcción.</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
2.9.3	La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.				Folio No.
2.9.4	El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.				Folio No.
2.9.5	Los criterios para seleccionar la oferta más favorable				Folio No.
2.9.6	El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo COMENTARIO: Hay una variación con respecto al artículo 2.1.1. del decreto 734 de 2012 por cuanto la norma indicaba y relacionaba el riesgo con el desequilibrio económico del contrato, con lo cual orientaba la distribución de riesgos y su asignación a alguna de las partes. Y se confirma con la no incorporación del texto que se encuentra en el artículo 2.1.2 del mismo decreto.				Folio No.
2.9.7	Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.				Folio No.
2.9.8	La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial. Para mostrar como funcionaria un tratado en una contratación publica se tomara como ejemplo el TLC entre EEUU y Colombia.				Folio No.
	<u>TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA</u>				
	<p>Por medio de la ley 1443 de 2007 y 1166 del 21 de noviembre de 2007, el Congreso de la República de Colombia aprobó el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Mediante la ley 1520 de 2012 se implementan los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial entre los dos países, de las dos leyes mencionadas.</p> <p>Dentro del Tratado⁴⁸ se propuso la siguiente definición de contratación pública en el artículo 1.3: "... contratación pública significa el proceso mediante el cual un gobierno adquiere el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial;...".</p> <p>El artículo 2.2 respecto al Trato Nacional señala que cada parte del Tratado otorgará trato nacional a las mercancías de otra parte.</p> <p>Ya en lo que se refiere a la contratación pública, el capítulo noveno del tratado incluye mercancías, servicios o ambos en las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - A través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción – operación – transferencia y contratos de concesión de obras públicas. - En los valores previstos en los umbrales previstos en el Anexo No. 9.1 - Que se lleve a cabo por una entidad contratante; y 				

⁴⁸ <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>- Que no este excluida de la cobertura</p> <p>Aclara el artículo 9.1 que la contratación pública incluye la adquisición de productos digitales.</p> <p>El numeral 9° de este artículo advierte que para la contratación pública cubierta por el Tratado, una entidad contratante tendrá en cuenta los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No deberá dividir una contratación pública en contrataciones públicas separadas (fraccionadas), ni utilizar un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir los compromisos del tratado. - Se deberá tomar en cuenta toda forma de remuneración, incluyendo las primas, cuotas, comisiones, intereses, y demás flujos de ingresos que podrían estipularse bajo un contrato, y cuando la contratación pública estipule la posibilidad de cláusulas de opción, el valor máximo total de la contratación pública, inclusive las compras opcionales, y - Cuando la contratación pública haya de realizarse en múltiples partes, y traiga como resultado la adjudicación de contratos al mismo tiempo o en periodo dado a uno o varios proveedores , basar su calculo en el valor máximo total de la contratación pública durante todo el periodo de vigencia. <p>En caso de valores indeterminados por un largo periodo de duración, esa contratación pública estará cubierta por el Tratado.</p>				
	PRINCIPIOS GENERALES				
	<p>El artículo 9.2 regula los principios generales y en los siguientes términos:</p> <p>1. TRATO NACIONAL Y NO DISCRIMINACION Trato no menor favorable que el trato favorable otorgado por cada parte a sus propias mercancías, servicios y a sus proveedores.</p> <p>2. PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Es obligación de las entidades contratantes utilizar la licitación abierta salvo las excepciones del tratado (art. 9.7.3 al 9.7.5 y 9.8)</p> <p>3. REGLAS DE ORIGEN Cada parte esta autorizada para aplicar las normas de origen para el comercio normal de las mercancías.</p> <p>4. CONDICIONES COMPENSATORIAS ESPECIALES El tratado establece la prohibición de imponer condiciones compensatorias en la calificación y selección de proveedores, adquisición de mercancías o servicios, en la evaluación de las propuestas o en la adjudicación de los contratos, en cualquiera de las etapas.</p> <p>El artículo 9.3 ordena que cada parte deberá publicar las leyes, reglamentos y procedimientos; y adicionalmente, las sentencias judiciales y decisiones administrativas de aplicación general (en el portal www.contratos.gov.co se viene publicando las sentencias del Consejo de Estado).</p>				
	AVISOS DE CONTRATACIÓN				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	FUTURA				
	En el artículo 9.4 se regula la publicación de los avisos en donde se establece que para cada contratación pública cubierta, la entidad contratante publicará un aviso invitando a los proveedores interesados a presentar ofertas, pudiéndose publicar por medios electrónicos. Consideramos que este presupuesto se cumple con el aviso de convocatoria del decreto reglamentario.				
	PLAZOS PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS				
	<p>En el artículo 9.5 se reguló lo relativo a los plazos para la presentación de ofertas y de la siguiente manera:</p> <p>1. Una entidad contratante proporcionará a los proveedores tiempo suficiente para presentar las solicitudes para participar en una contratación pública y preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación pública.</p> <p>2. Salvo lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 5, una entidad contratante establecerá que el plazo límite para la presentación de ofertas no será menor a 40 días:</p> <p>(a) desde la fecha de publicación del aviso de contratación futura; o</p> <p>(b) cuando la entidad contratante hace uso de una licitación selectiva, a partir de la fecha en que la entidad invita a los proveedores a presentar oferta.</p> <p>3. Una entidad contratante podrá reducir el plazo para la presentación de ofertas hasta en 10 días cuando la entidad publique un aviso de contratación futura de conformidad con el artículo 9.4 en un medio electrónico y simultáneamente provea los documentos de contratación en medio electrónico.</p> <p>4. Una entidad contratante podrá establecer un plazo menor a 40 días, o 30 días cuando una entidad haya cumplido con lo dispuesto en el párrafo 3, siempre que el plazo dado a los proveedores sea suficiente para que éstos preparen y presenten sus ofertas, y en ningún caso podrá ser menor a 10 días de la fecha límite para la presentación de ofertas cuando:</p> <p>(a) La entidad contratante haya publicado un aviso separado, incluyendo el aviso de contratación pública planificada bajo el Artículo 9.4.3. con por lo menos 40 días y no más de 12 meses de anticipación, y dicho aviso separado contenga una descripción de la contratación pública, los plazos relevantes para la presentación de ofertas o, cuando sea apropiado, las solicitudes para la participación en una contratación pública, y la dirección donde se pueda obtener la documentación relativa a la contratación pública;</p> <p>(b) la entidad contratación adquiera mercancías o servicios comerciales; o</p> <p>(c) una situación de urgencia imprevista debidamente justificada por la entidad contratante, haga impracticable el cumplimiento del plazo estipulado en el párrafo 2 o cuando sea aplicable, el párrafo 3.</p> <p>5. Una entidad contratante requerirá que todos los proveedores participantes presenten sus ofertas de conformidad con una fecha límite común. Para mayor certeza, este requisito también se aplica cuando:</p> <p>(a) como resultado de la necesidad de emendar la información entregada a los proveedores durante el proceso de contratación pública, la entidad contratante extienda el plazo para la calificación o los procedimientos de licitación; o</p> <p>(b) en el caso de negociaciones, estas negociaciones concluyan y los</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	oferentes puedan presentar nuevas ofertas.				
	DOCUMENTOS DE CONTRATACIÓN				
	<p>Se señala en el numeral primero del artículo 9.6 que la entidad contratante deberá proporcionar oportunamente, a solicitud de los proveedores interesados en participar en una contratación pública, documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria para preparar y presentar ofertas adecuadas, pero hace la salvedad si el aviso de la contratación pública futura hubiese proporcionado la información siguiente, en donde los documentos deben incluir una descripción completa de:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) la contratación pública, incluyendo la naturaleza, alcance y, si se sabe, la cantidad de mercancías o servicios a ser contratados y todo requisito que deba ser satisfecho, incluyendo las especificaciones técnicas, certificados de conformidad, planos, dibujos o manuales de instrucción. (b) Cualquier condición de participación, incluyendo toda garantía, información y documentos que deban presentar los proveedores. (c) todos los criterios a ser considerados para la adjudicación del contrato y, salvo cuando el precio sea el factor determinante, la importancia relativa de tales criterios, (d) en el caso de una apertura pública de ofertas, la fecha hora y lugar de la apertura de ofertas; y (e) cualesquiera otras estipulaciones o condiciones relevantes para la evaluación de las ofertas <p>Por su parte el numeral 2º establece que la entidad contratante deberá responder sin demora a toda solicitud razonable de información presentada por los proveedores que participan en una contratación pública cubierta, siempre que la entidad no ponga a disposición información que le de al proveedor solicitante una ventaja sobre sus competidores en la contratación pública específica.</p>				
	ESPECIFICACIONES TÉCNICAS				
	<p>El artículo 9.6 regula igualmente lo relativo a las especificaciones técnicas, aclarando que les está prohibido a las entidades estatales aplicar alguna especificación técnica o un procedimiento de evaluación que tenga por propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes. Por lo tanto las entidades deberán:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) precisar las especificación técnica en términos de desempeño y requisitos funcionales, mas que en términos de características de diseño o descriptivas; y (b) basar la especificación técnica en estándares internacionales, cuando existan y sean aplicables a la entidad contratante, salvo que la utilización de un estándar internacional no satisfaga los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido. <p>Agrega el artículo 9.6 que la entidad contratante no establecerá ninguna especificación técnica que requiera o haga referencia a una determinada marca o nombre comercial, patente, o derecho de autor, diseño o tipo, origen específico, productor o proveedor, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de contratación pública y siempre que, en tales casos, se incluya también en los documentos de contratación expresiones tales como "o equivalente".</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	Finaliza el artículo señalando por una parte que las entidades estatales no solicitarán ni aceptarán, asesoramiento que pueda tener por efectos impedir la competencia consistente en preparar o adoptar cualquier especificación técnica para una contratación pública y proveniente de cualquier persona que pueda tener interés comercial en esa contratación pública. Y por otra parte, que esta regulación no pretende impedir que una entidad contratante prepare, adopte, o aplique especificaciones técnica para promover la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente.				
	ADENDAS				
	<p>Por otra parte el artículo 9.6 regula las modificaciones estableciendo que si en el curso de una contratación pública cubierta por el Tratado, una entidad contratante modifica los criterios o los requerimientos técnicos establecidos en un aviso o documento licitatorio proporcionado a los proveedores participantes, deberá transmitir tales modificaciones por escrito de la siguiente manera:</p> <p>(a) A todos los proveedores que estén participando al momento de la modificación de la información, si la identificación de tales proveedores es conocida, y en todos los demás casos, de la misma manera como la información original fue transmitida; y</p> <p>(b) En el momento adecuado para permitir que los proveedores modifiquen y vuelvan a presentar sus ofertas iniciales, según sea apropiado</p>				
	CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN				
	<p>En cuanto a las condiciones de participación esto reglamentó el artículo 9.7. Señala el numeral primero que cuanto la entidad contratante solicite que los proveedores deban satisfacer ciertas condiciones de participación, deberá respetar las siguientes recomendaciones:</p> <p>(a) Limitar tales condiciones a aquellas que sean esenciales para garantizar que un proveedor posea la capacidad legal, comercial, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación pública;</p> <p>(b) Valorar la capacidad comercial, técnica y financiera de un proveedor sobre la base de sus actividades globales de negocio, incluyendo sus actividades en el territorio de la parte del proveedor, así como sus actividades, de haberlas, en el territorio de la parte de la entidad contratante.</p> <p>(c) No impondrá como condición de participación de una contratación pública, que a un proveedor se le hubiese adjudicado uno o mas contratos por una entidad contratante de la parte de la entidad contratante o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en el territorio de la parte</p> <p>(d) Basar la decisión acerca de si un proveedor ha satisfecho las condiciones participación únicamente en las condiciones especificadas de antemano en los avisos o documentos de contratación; y</p> <p>(e) Permitir que todos los proveedores domésticos y los proveedores de la otra parte que han satisfecho las condiciones de participación, participen en la contratación pública.</p> <p>El numeral segundo por su regula las causales de exclusión</p> <p>(a) Bancarota, o</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	(b) Declaraciones falsas.				
	LISTAS MULTIUSOS				
	<p>Señala el artículo 9.7 que una entidad contratante puede establecer una lista multiusos siempre que la entidad publique anualmente o que de otra manera ponga a disposición continuamente en forma electrónica un aviso invitando a los proveedores interesados a solicitar su inclusión en la lista. El aviso deberá incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) una descripción de las mercancías o servicios (b) La condición de participación que los proveedores deben satisfacer y los métodos que la entidad contratante utilizará para verificar que los proveedores hayan satisfecho tales condiciones; (c) Los datos de la entidad contratante y cualquier otra información para contactar a la entidad y obtener los documentos relevantes relacionados con la lista; (d) Toda fecha límite para la presentación de las solicitudes de inclusión en la lista; y (e) Una indicación que la lista puede ser utilizada para contrataciones públicas cubiertas <p>Agrega el artículo 9.7 que la entidad contratante que mantiene una lista multiusos deberá incluir en la lista, dentro de un periodo razonable breve de tiempo siguiente a la presentación de la solicitud, a todos los proveedores que han satisfecho las condiciones de participación; y cuando la entidad contratante pretenda utilizar la lista multiusos en cualquier contratación futura, deberá invitar a todos los proveedores de la lista para que presenten ofertas.</p>				
	LICITACION SELECTIVA (PRECALIFICACIÓN)				
	<p>Establece el artículo 9.7 que en aquellos casos en los cuales la legislación de una parte permita la realización de procesos de licitación selectiva (nosotros lo conoceríamos como PRECALIFICACIÓN), la entidad contratante deberá para cada contratación futura:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) publicar un aviso invitando a los proveedores a presentar solicitudes de participación en una contratación pública, con suficiente anticipación para que los proveedores interesados preparen y presenten solicitudes y para que la entidad evalúe y efectúa su determinación basada en tales solicitudes; y (b) permitir a todos los proveedores domésticos y a todos los proveedores de la otra parte que la entidad haya determinado que cumplen con las condiciones de participación, presentar una oferta, a menos que la entidad haya establecido en el aviso de una contratación futura, o en los documentos de contratación públicamente disponibles, alguna limitación al número de proveedores al que se permite presentar ofertas y los criterios para su limitación. 				
	INFORMACIÓN SOBRE LAS DECISIONES DE LA ENTIDAD CONTRATANTE				
	El artículo 9.7 indica que cuando un proveedor solicita participar en un				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>contratación pública cubierta, una entidad contratante deberá informar sin demora a dicho proveedor acerca de la decisión respecto a su solicitud. Por otra parte, si la entidad contratante rechaza una solicitud de participación en una contratación pública, en los trámites de licitación selectiva; o la rechaza en un trámite de conformación de lista multiusos; o deja de reconocer a un proveedor como uno que cumple con las condiciones de participación; en estos casos, deberá informar sin demora al proveedor otorgando las explicaciones por escrito acerca de las razones de la decisión de la entidad.</p>				
	CONTRATACION DIRECTA				
	<p>La contratación directa se encuentra regulada en el artículo 9.8 , en donde se autoriza a la entidad contratante, siempre y cuando no se utilice la disposición para impedir la competencia, para proteger a los proveedores domésticos, o para discriminar en contrato de los proveedores de la otra Parte, el que pueda contactar a un proveedor o proveedores de su elección:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) cuando, en respuesta a un aviso anterior de participación o invitación para participar (b) ninguna oferta fue presentada (c) ninguna oferta que cumpliera con los requisitos esenciales exigidos en los documentos de licitación ; o (d) ningún proveedor cumplió con las condiciones de participación <p>Para aplicar esta causal se requiere que la entidad no modifica sustancialmente los requisitos esenciales de la contratación pública.</p> <p>Adicionalmente el artículo 9.8 advierte que también se puede hacer uso de la causal de contratación directa cuando una mercancía o servicio únicamente puede ser suministrado por un proveedor particular y no exista una alternativa razonable o mercancía o servicio sustituto de a cualquiera de las siguientes razones:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Una obra de arte (b) Patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos (c) Debido a ausencia de competencia por razones técnicas <p>Advierte el artículo en comento que es válida la contratación directa en aquellos casos en los cuales se trata de entregas adicionales por parte de un proveedor original, tales como repuestos, ampliaciones o continuidad del servicios del equipo existente. Igualmente para mercancías adquiridas en el mercado de productos básicos; o producto de un ejercicio de investigación o experimentación (contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas), que luego la entidad contratante deberá respetar los tramites de licitación abierta o selectiva; o producto de un trámite de extrema urgencia (urgencia manifiesta); y finalmente por obras adicionales no previstas en la ejecución de obras de construcción pero que no pueden superar el cincuenta por ciento del monto inicial del contrato inicial.</p> <p>Finaliza el artículo de la siguiente manera: "2. Para cada contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 1, una entidad contratante preparará y, a solicitud, presentará a la otra Parte un informe por escrito que incluya:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) el nombre de la entidad contratante; (b) el valor y descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato; y (c) una declaración indicando las circunstancias y condiciones descritos en el párrafo 1 que justificaron el uso de un procedimiento distinto al de licitación abierta o selectiva". 				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	RECEPCION Y APERTURA DE OFERTAS				
	<p>En el artículo 9.9 establece que una vez se reciban las ofertas que garanticen la igualdad, la entidad dará trato confidencial a las ofertas hasta la apertura de las mismas, evitando que se genere perjuicios relacionados con la competencia justa entre proveedores. Se permite la subsanabilidad por errores formales, pero tiene que darse el mismo trato a todos los proveedores. Para la adjudicación de contratos, la oferta debe cumplir con todas las condiciones. Solo impediría la adjudicación del contrato cuando atente contra el interés público, por lo tanto se adjudicará a aquella oferta que satisfice todas las condiciones de participación y haya ofrecido el precio mas bajo o resulta ser la más ventajosa en los requisitos establecidos en los avisos y documentos licitatorios. Debe existir un informe de evaluación que debe ser informado a los proveedores que hayan presentado oferta y que justifique la decisión de la adjudicación. Sesenta días después de la adjudicación deberá publicarse un aviso los datos del proceso.</p> <p>Por otra parte se deberá conservar el expediente de la contratación pública durante tres años desde la fecha de adjudicación.</p>				
	ASEGURANDO LA INTEGRIDAD EN LAS PRACTICAS DE CONTRATACION PÚBLICA				
	<p>De acuerdo con el artículo 9.10, se debe preservar las medidas sobre anticorrupción previstas en el artículo 19.9, sobre todo en lo relacionado con impedir que se elijan proveedores que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación pública.</p> <p>Señala el artículo 19.9 relativo a las medidas anticorrupción que cada parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su legislación interna, en asuntos que afecten el comercio o la inversión internacional, el que:</p> <p>(a) un funcionario público de esa Parte o una persona que desempeñe funciones públicos para esa Parte solicite o acepte intencionalmente, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como un favor, una promesa o ventaja, para si mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.</p> <p>(b) Cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario público de esa Parte o a una persona que desempeñe funciones pública para esa Parte, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como un favor, una promesa, o ventaja, para si mismo u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas;</p> <p>(c) Cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>de actuar en la ejecución de funciones oficiales para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de negocios internacionales; y</p> <p>(d) Cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ayude o instigue, o conspire, en la comisión de cualquiera de las ofensas descritas en los apartes (a) al (c)</p>				
	<h2>REVISION NACIONAL DE LAS IMPUGNACIONES DE LOS PROVEEDORES</h2>				
	<p>La revisión de las impugnaciones de los proveedores se encuentra regulada en el artículo 9.11 en donde se establece que cada parte designará una autoridad administrativa o judicial que sea independiente de sus entidades contratantes para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten. No se permite que se ponga el riesgo la participación del proveedor que invoca la impugnación, tanto en la contratación que este participando como en las futuras. Dentro del procedimiento de impugnación deben existir medidas provisionales como son la suspensión de la adjudicación de un contrato como la ejecución del mismo que haya sido adjudicado.</p> <p>Establece el artículo 9.11 las siguientes reglas relacionadas con la impugnación: Se debe otorgar como mínimo un plazo al proveedor para impugnar de diez días a partir del día en que el fundamento de la reclamación fue conocido por este. La entidad contratante responderá por escrito la reclamación del proveedor y dará a conocer todos los documentos relevantes a la autoridad de revisión. Finalmente la autoridad de revisión dará a conocer sin demora y por escrito su decisión con respecto a la impugnación, junto con la explicación de los fundamentos utilizados para tal decisión.</p>				
	<h2>DEFINICIONES</h2>				
	<p>El artículo 9.16 establece las siguientes definiciones para entender lo regulado en el capítulo de contratación pública:</p> <p>CONDICIONES COMPENSATORIA ESPECIALES: Significa cualesquiera condiciones o compromisos que requieran el uso de contenido nacional, proveedores nacionales, licencias de tecnología, inversión, comercio compensatorio, o acciones similares para fomentar el desarrollo local o mejorar las cuentas de la balanza de pagos de un Parte.</p> <p>CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN: Significa cualquier registro, calificación u otros pre-requisitos para participar en una contratación pública.</p> <p>CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN – OPERACIÓN – TRANSFERENCIA Y CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PUBLICAS: Significa cualquier acuerdo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras de propiedad del gobierno, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratante otorga al proveedor, por un periodo determinado, la propiedad temporal o el derecho de contralar, operar y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato.</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>ENTIDAD CONTRATANTE. Significa una entidad listada en el anexo 9.1</p> <p>ESCRITO O POR ESCRITO: Significa toda expresión en palabras o números que puede ser leída, reproducida y posteriormente comunicada e incluye información transmitida y almacenada electrónicamente.</p> <p>ESPECIFICACIÓN TÉCNICA: Significa un requisito de licitación que:</p> <p>(a) establece las características de:</p> <p>(i) las mercancías a ser adquiridas, incluyendo calidad, desempeño, seguridad y dimensiones, o los procesos y métodos para su producción; o</p> <p>(ii) servicios a ser contratados o los procesos o métodos para su provisión, incluyendo cualquier disposición administrativa aplicable; o</p> <p>(b) los requisitos de terminología, símbolos, embalaje, marcado y etiquetado, según se apliquen a una mercancía o servicio.</p> <p>FUNCIONARIO DE CONTRATACIÓN: Significa cualquier persona que desempeña las funciones de contratación.</p> <p>LICITACIÓN SELECTIVA: Significa un método de contratación pública en el cual solamente los proveedores que satisfagan las condiciones de participación son invitados por la entidad contratante para presentar propuestas.</p> <p>LISTA MULTIUSOS: Significa una lista de proveedores que la entidad contratante ha determinado que satisfacen las condiciones de participación en esa lista y que la entidad contratante pretende utilizar más de una vez.</p> <p>MERCANCIAS Y SERVICIOS COMERCIALES: Significa las mercancías y servicios de la clase de mercancías y servicios que son vendidos u ofrecidos para la venta a, y frecuentemente adquiridos por, compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales; se incluye las mercancías y servicios con modificaciones que se acostumbra ver en el mercado, así como los que presentan modificaciones menores que no se ven tan comúnmente en el mercado comercial.</p> <p>PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN ABIERTOS. Significa un tipo de método de contratación pública en que todos los proveedores interesados pueden presentar una oferta.</p> <p>PROVEEDOR: Significa una persona que provee o podría proveer mercancías o servicios a una entidad contratante; y</p> <p>SERVICIOS: Incluye servicios</p>				
	Culmina el artículo señalando que no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.				
2.9.9	<u>DEBER DE ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES ESTATALES</u>				
	En aplicación del artículo 2.2.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, la Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo.				Folio No.
2.9.10	<u>DETERMINACION DE LOS REQUISITOS</u>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	HABILITANTES				
	El artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015 señaló con respecto a los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, que se deberá tener en cuenta lo siguiente: teniendo en cuenta:				Folio No.
2.9.10.1	El Riesgo del Proceso de Contratación;				
2.9.10.2	El valor del contrato objeto del Proceso de Contratación				
2.9.10.3	El análisis del sector económico respectivo				
2.9.10.4	El conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. COMENTARIO: Tal como se advirtió, desde el año 2007 ya el Consejo de Estado había advertido que uno de los componentes para garantizar la planeación es la consulta de los posibles oferentes que garanticen la ejecución del contrato.				
	La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes				
	La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.				
2.9.11	EVALUACIÓN DEL RIESGO				
	El artículo 2.2.1.1.1.6.3 del Decreto 1082 de 2015 señaló la obligación para la Entidad Estatal de su deber de evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación que representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.				Folio No.
2.9.12	DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN DESARROLLO DE ENCARGOS FIDUCIARIOS O CONTRATOS DE FIDUCIA.				
	El artículo 2.2.1.1.2.2.7 del decreto 1082 de 2015 establece una prohibición en el sentido de señalar que la Entidad Estatal no puede delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que celebren en desarrollo del encargo fiduciario o de la fiducia pública pero sí pueden encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes al Proceso de Contratación.				Folio No.
2.9.13	DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA				
	Establece claramente el artículo 2.2.1.2.4.2.5 del Decreto 1082 de 2015 que las Entidades Estatales pueden desagregar tecnológicamente los proyectos de inversión para permitir: (a) la participación de nacionales y extranjeros, y (b) la asimilación de tecnología por parte de los nacionales. En ese caso, las Entidades Estatales pueden adelantar varios Procesos de Contratación de acuerdo con la desagregación tecnológica para buscar la participación de la industria y el trabajo nacionales.				Folio No.
3	DISPONIBILIDAD DE RECURSOS PÚBLICOS				
	No. Certificado de Disponibilidad Presupuestal (C.D.P.) expedido por la dependencia encargada de administrar los recursos de la entidad estatal. Numeral 6° del artículo 25 de la ley 80 de 1993. Art. 19 Decreto 568 de 1996. El art. 19 del Decreto 568 de 1996 define el C.D.P. como el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga las veces, con el cual se garantiza la existencia de la apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos [...]. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal.				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>Se debe verificar en primer lugar que la entidad cuenta con los recursos suficientes antes de ordenar la apertura del proceso de selección; y en segundo lugar que el objeto del contrato se pretenda ejecutar dentro de una misma vigencia, por cuanto de ejecutarse en varias vigencias es necesario que se acredite que se cumplió con el trámite que sobre vigencias futuras (artículo 10° de la ley 819 de 2003), sobre todo por la intervención que tienen en el mismo las corporaciones públicas tanto nacionales como territoriales.</p> <p>La alternativa de ejecutar un presupuesto en dos vigencias es la posibilidad de constituir reservas de apropiación a la llegada del 31 de diciembre de la respectiva vigencia si aún no se ha ejecutado la totalidad del contrato, pero en aplicación del artículo 8 de la ley 819 de 2003, la reserva de apropiación se atendería con recursos de la siguiente vigencia.</p> <p>Para las entidades estatales del orden nacional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1957 del 30 de mayo de 2007 que en su artículo primero estableció que los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago. Luego el artículo 2.° del mismo decreto señala que en aplicación del artículo 9.° de la Ley 225 de 1995 y el artículo 31 de la Ley 344 de 1996, el Gobierno Nacional reducirá el presupuesto en el 100% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto del año inmediatamente anterior, que excedan el 2% de las apropiaciones de los gastos de funcionamiento y el 15% de las apropiaciones de los gastos de inversión del presupuesto de dicho año. Lo cual quiere decir, que los gastos de inversión (15%) y de funcionamiento (2%) se atienden con recursos de la vigencia donde fueron comprometidos, las reservas de apropiación que superen estos dos porcentajes, será atendidas con recursos de la siguiente vigencia.</p> <p>La anterior posición sobre reservas de apropiación es contraria a lo señalado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Circular Externa No. 043 de 2008 enviada a las entidades territoriales. Allí sostiene que las reservas de apropiación que no fueron derogadas con la expedición de la ley 819, tienen aplicación restrictiva y sólo operan cuando por causas de fuerza mayor se requiere ampliar el plazo de ejecución del contrato. Cuando se requiera ejecutar un contrato en dos vigencias, necesariamente se tiene que tramitar vigencias futuras. Adicionalmente, en cuanto al decreto 1957, para las entidades territoriales, ellas deben expedir este reglamento por quien tenga la competencia.</p>				
4	PUBLICIDAD PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES				
	<p>Acreditación de la publicación en medios electrónicos. AVISO DE CONVOCATORIA DEL PROCESO DE SELECCIÓN, PUBLICACION DE PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES y ESTUDIOS PREVIOS. Artículo 3° y 8° de la ley 1150 de 2007.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 reguló la materia señalando que la Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.</p> <p>La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto.</p> <p>De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.4 ibídem referente a las observaciones al pliego de condiciones, los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública.</p> <p>COMENTARIO: En aplicación del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, se deberán publicar las observaciones presentadas al proyecto de pliegos de condiciones. Sobre el particular el numeral 3° del artículo 8° del Decreto 2474 de 2008 obligaba a publicar las observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones y las respuestas dadas por la entidad. Esta norma fue replicada en el numeral 3° artículo 2.2.5 del decreto 734 de 2012 que nuevamente obligaba a publicar las observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones y las respuestas dadas por la entidad. Las anteriores normas se expiden pero no de manera autónoma sino que tienen sus sustento en el artículo 8° de la ley 1150 de 2007 que establece que las "... Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos". Por lo tanto, como actualmente el artículo 2.2.1.1.1.7.1 habla de manera genérica de la publicación de los actos que se expidan en desarrollo del proceso de selección, consideramos que por remisión del artículo 8° de la ley 1150 de 2007, se deben no solamente dar respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliegos de condiciones, sino publicar igualmente dichas respuestas.</p>				
5	AVISO DE CONVOCATORIA				
	El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección (art. 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015):				Folio No.
5.1	El nombre y dirección de la Entidad Estatal.				Folio No.
5.2	La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación.				Folio No.
5.3	El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.				Folio No.
5.4	La modalidad de selección del contratista.				Folio No.
5.5	El plazo estimado del contrato.				Folio No.
5.6	La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.				Folio No.
5.7	El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.				Folio No.
5.8	Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.				Folio No.
5.9	Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme.				Folio No.
5.10	Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación.				Folio No.
5.11	Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.				Folio No.
5.12	El Cronograma.				Folio No.
5.13	La forma como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso.				
	Agrega el artículo 2.2.1.1.2.1.2 que en los Procesos de Contratación adelantados bajo las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa, no es necesaria la expedición y publicación del aviso de				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	convocatoria en el Secop.				
6	ACTO ADMINISTRATIVO ORDENANDO LA APERTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN				
	<p>Numeral 1º del art. 30 de la ley 80 de 1993. artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>Se tiene que verificar que quien ordena la apertura del proceso de selección tenga la competencia para adelantar el proceso de selección y para suscribir el contrato.</p> <p>Señala el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015 que la Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección.</p> <p>COMENTARIO: Se aclara que si se calificó el acto de apertura de la convocatoria pública como un acto administrativo de carácter general, ello querría decir que en aplicación del artículo 65 de la ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo), habría que publicarlo, por cuanto el mismo establece que los mismos no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.</p> <p>Sin embargo, es necesario tener en cuenta el Auto del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2011, obrando como Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, expediente 38.924; en el cual al decidir sobre un recurso que se interpuso contra la admisión de una demanda contra el acto que ordenó la apertura del Tercer Canal, ordenado por la Comisión Nacional de Televisión; se le cuestiona al Consejo de Estado que haya admitido el acto sin haberse cumplido la publicidad de dicho acto. La respuesta para rechazar el recurso se soporta en la expedición de la ley 1150 de 2007 que obliga a la publicación del proceso de selección, dentro del cual se encuentra la publicidad del acto administrativo que ordena la apertura. En esos términos, al aplicar esta providencia, se podría concluir que con la publicidad en SECOP se cumpliría este requisito.</p>				Folio No.
	Contenido del acto administrativo que ordena la apertura:				
6.1	El objeto de la contratación a realizar.				Folio No.
6.2	La modalidad de selección que corresponda a la contratación.				Folio No.
6.3	El Cronograma.				Folio No.
6.4	El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.				Folio No.
6.5	La convocatoria para las veedurías ciudadanas.				Folio No.
6.6	El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes				Folio No.
6.7	<p>Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.</p> <p>COMENTARIO: Hay una variación con respecto al artículo 2.2.2 del decreto 734 de 2012 por cuanto la norma indicaba la posibilidad de suspender y revocar el acto de apertura, y esta atribución ya no la tiene el nuevo ordenamiento.</p>				Folio No.
7	PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	APERTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN POR LICITACIÓN PÚBLICA				
	Publicación en SECOP del acto de apertura del proceso de selección. Art. 2.2.1.1.1.7.1 del Dcto. 1082 de 2015				Folio No.
8	PUBLICACION PLIEGOS DEFINITIVOS				
	De las observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones se podrán hacer cambios para elaborar los pliegos de condiciones definitivos, los cuales deberán publicarse conjuntamente con la expedición del acto administrativo que ordena la apertura en aplicación del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.				Folio No.
9	PUBLICIDAD DE AVISOS EN SECOP				
	<p>Acreditación de hasta tres (3) avisos en el portal de la entidad y en SECOP entre los diez (10) a veinte (20) días anteriores a la apertura de la licitación. Numeral 3° del artículo 30 de la ley 80 de 1993 modificado por el art. 224 del decreto 019 de 2012.</p> <p>Luego de publicado el proyecto de pliegos de condiciones, recibidas las observaciones, si la entidad estatal decide ordenar la apertura de la licitación expedirá el correspondiente acto administrativo y lo publicará en SECOP. Luego en aplicación del numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 220 del decreto 019 de 2012 se deben acreditar hasta tres publicaciones en la página web de la entidad y en el portal de contratación www.contratos.gov.co, en pequeños poblados de no poderse realizar esta publicación se autoriza que sea por bando o en avisos públicos⁴⁹ entre los diez a veinte días anteriores a la apertura de la licitación, o la fecha en la cual se entiende se inicia el plazo para presentación de propuestas, los cuales deberán conservar un intervalo de entre dos y cinco días calendario, según lo exija la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato. En su defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que fije el Gobierno Nacional en decreto que se expida para tal fin, 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 se deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.</p> <p>Con respecto al contenido de los avisos, los mismos deberán informar sobre el objeto y las características esenciales de la respectiva licitación.</p> <p>COMENTARIO: Se tiene que verificar que el cumplimiento de esta obligación se haya efectuado con anterioridad a la apertura del proceso de selección, por cuanto se trata del desarrollo del principio de publicidad orientador del principio de transparencia consagrado en el estatuto de contratación. La razón que sustenta la anterior afirmación es que el numeral 3° del artículo 30 de 1993 modificado por el artículo 220 del decreto 019 se encuentra después de la expedición del acto que ordena la apertura del proceso licitatorio (num. 1° artículo 30 ley 80), lo cual quiere decir que los avisos se expiden con posterioridad; y por otra parte, no deberían coincidir los avisos de la página web y del portal con la publicación del proyecto de pliegos de condiciones.</p>				Folio No.
10	AUDIENCIA DE ACLARACIONES Y DE DISCUSIÓN DE RIESGOS. ADENDA PRORROGA PLAZO DE				

⁴⁹ El Gobierno Nacional reglamentará esta última publicación.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	PRESENTACION DE PROPUESTAS				
	<p>Verificación de la audiencia para discusión sobre los riesgos en el contrato. Art. 4° de la ley 1150 de 2007. Art. 220 decreto 019 de 2012. Art. 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>El artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 establece que 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 que, con anterioridad a la presentación de ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.</p> <p>En aplicación del artículo 220 del decreto 019 de 2012 la audiencia de discusión de distribución de riesgos se programará conjuntamente con la audiencia de aclaraciones de que trata el siguiente aparte.</p> <p>Con respecto al momento de adelantar la audiencia nos remitimos a lo previsto en el artículo 222 del decreto 019 de 2012: ARTÍCULO 220. AUDIENCIAS. El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedará así: "4. 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 interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva. 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, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público."</p> <p>De lo debatido en la audiencia se podrá prorrogar el plazo de presentación de las propuestas por seis (6) días hábiles más. En este caso consideramos que como es a criterio de la entidad estatal, deberá expedir una adenda para tal fin, aplicando el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>COMENTARIO. El artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 definió el riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato. Consideramos que la definición de riesgo previsible dado por el decreto 734 de 2012 era mucho más exacta, pues señalaba que 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; de tal manera que lo involucraba con la ecuación económica del contrato, y así orientaba mejor su construcción. Esta nueva definición en nuestro criterio es bastante ambigua.</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
11	PLAZO PARA PRESENTAR PROPUESTAS				
	<p>Verificación del término para iniciar el plazo de presentación de ofertas. De conformidad con el numeral 5° del art. 30 de la ley 80, se considera el plazo de la licitación como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre y que se señalará en los pliegos de condiciones de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, para lo cual recomendamos lo señalado por el tratadista Rodrigo Escobar Gil quien considera que este es un aspecto que debe ser garantista del derecho a la igualdad, toda vez que se debe dejar un plazo suficiente que le permita al interesado preparar y presentar su propuesta y si hay solicitudes en este sentido, de dar más tiempo para generar concurrencia del proceso, la entidad estatal deberá estudiar y si es el caso prorrogar. No hacerlo puede generar un indicio en contra sobre la garantía del principio de transparencia.</p> <p>Este plazo, tanto para la licitación pública como para los demás procesos reiteramos deberá señalarse en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.</p> <p>Para la licitación pública, establece el numeral respecto a la ampliación de este plazo que cuando lo estime conveniente la entidad interesada; por una parte, hasta por seis (6) días hábiles luego de los resultados de la audiencia de aclaraciones y de discusión de riesgos que se haya celebrado dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al primer día de término para preparar y presentar las propuestas (n. 4° del art. 30 ley 80 de 1993 modificado por el art. 220 decreto 019 de 2012); y se puede aumentar otro vez este plazo de oficio por parte de la entidad o cuando lo soliciten un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de los tres días de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado (art. 89 ley 1474 de 2011 que modificó el n. 5° del art. 30 de la ley 80 de 1993).</p> <p>Se constata con el cronograma propuesto en los pliegos de condiciones, por cuanto es el entendido como el inicio que tienen los proponentes para entregar ofertas.</p>				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	PLAZO PARA PREPARAR Y PRESENTAR PROPUESTAS				
	<p>Ordena el artículo 65 del proyecto que entre la fecha de la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la fecha de presentación de las ofertas deben transcurrir por los menos 30 días calendario, salvo en la operación secundaria de los Acuerdos Marco y en la contratación de mínima cuantía a la que se refiere el artículo 53 del proyecto.</p>				
12	SOLICITUD DE ACLARACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES				
	<p>Solicitud de aclaraciones a los pliegos de condiciones. Estos documentos son importantes para constatar el principio de transparencia del proceso de selección, por cuanto es el mecanismo que tienen los interesados de hacerle ver a la entidad estatal si los pliegos de condiciones son restrictivos o no para</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>garantizar la participación. Igualmente es importante verificar las respuestas dadas por la entidad estatal, en donde se tiene que justificar cada respuesta en función del interés general.</p> <p>En aplicación del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 se deberá publicar las solicitudes presentadas por los interesados y la respuesta dada por la entidad estatal.</p>				
13	ADENDAS				
	<p>Art. 89 ley 1474 de 2011.</p> <p>De las solicitudes de aclaraciones, o porque la entidad estatal así lo decidió, se pueden modificar los pliegos de condiciones mediante la expedición de Adendas. En este caso se tiene que verificar que no se están cambiando de manera grave las condiciones inicialmente fijadas en los pliegos de condiciones que determinen que se trata de un proceso nuevo y no del mismo con el cual se abrió el proceso de selección. La entidad estatal tendrá que justificar por qué modificó las condiciones iniciales y siempre en función del interés general.</p> <p>La expedición de adendas para la licitación pública se encuentra regulada en el artículo 89 de la ley 1474 de 2011 y en los siguientes términos: ARTÍCULO 89. EXPEDICIÓN DE ADENDAS. El inciso 2o del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así: "Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales".</p> <p>El artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 definió la adenda como el documento por medio del cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones.</p> <p>La expedición de adendas se encuentra regulada en el artículo 2.2.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015 y en los siguientes términos: Artículo 2.2.1.1.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.</p> <p>La Entidad Estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.</p> <p>La Entidad Estatal debe publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.</p> <p>COMENTARIO: Originalmente el párrafo 2º del artículo 2º del decreto 2025 de 2009 que modificó el artículo 7º del decreto 2474 de 2008 había generado la siguiente precaución con respecto al concepto de "retiro de pliegos de condiciones", que como se concebía en su momento, era el pago de derechos de participación y que fue eliminado con la expedición de la ley 1150 de 2007: "Párrafo 2º. Para efecto de lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>proyecto de pliego de condiciones, o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007”.</p> <p>A partir de la expedición del decreto 734 de 2012, se aplicaría el artículo 8.1.3 que establecía la presentación de otras ofertas donde se registre fecha y horas exactas y si llegó por correo de igual manera. El decreto 734 de 2012 fue derogado por el decreto 1510 de 2013 y el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082 de 2015 solo previo la constancia de la fecha y hora del recibo de ofertas, eliminó la relativo al correo.</p>				
13.1	<p><u>NULIDAD DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES POR VIOLACIÓN ART. 13 C.P.</u></p> <p>Mediante Sentencia del 8 de Junio de 2006 del Consejo de Estado, radicación 02716, actuando como Consejera Ponente María Helena Giraldo Gómez, nos indica la reiteración jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones como acto administrativo de carácter general y solo es posible modificar los pliegos de condiciones o términos de referencia que no afecten el principio de igualdad constitucional, por lo tanto, la modificación de las condiciones de evaluación de ofertas afectando este principio generan la nulidad de los mismos.</p> <p>De ahí que en la estructura de los procedimientos de selección ocupe un lugar especial la elaboración, con la debida antelación, de los pliegos de condiciones de acuerdo con el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en armonía con el numeral 2º del artículo 30 ibidem, a más de lo prescrito por el numeral 5º del artículo 24 de la misma ley, texto legal que prevé la denominada carga de claridad y precisión que debe observar la entidad licitante, tanto al señalar los requisitos mínimos como al determinar los factores de selección, respecto de los cuales además se impone que sean objetivos y razonables, porque se trata de los criterios que deberá tener en cuenta para evaluar las ofertas y seleccionar entre ellas la más conveniente, así como de la forma en que serán ponderados (art. 29 de la ley 80). (La subraya fuera del texto).</p> <p>A ese respecto conviene subrayar que los antecedentes legislativos de la ley 80 de 1993 son claros, de una parte, en indicar: “...se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección”⁵⁰.</p> <p>Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. por manera que, en principio, como lo ha dicho la sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante⁵¹, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el</p>				

⁵⁰Proyecto de ley N° 149 de 1992 en GACETA DEL CONGRESO, año 1, N° 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, p. 17.

⁵¹Sentencia de 29 de enero de 2004. Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 10.779. Actor: Sociedad Construcciones C. F. Ltda.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes⁵², lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.</p> <p>Ese criterio jurisprudencial edificado sobre lo restrictivo en materia legal de modificación de los pliegos de condiciones lo adoptó la Sala en sentencia de 26 de marzo de 1992 (exp. 6.353, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo); allí se dejó en claro que una vez hecha la invitación a contratar por parte de la Administración el pliego de condiciones o los términos de referencia no pueden ser alterados ni modificados. Tal planteamiento se reiteró en otro fallo de la Sala, de 3 de febrero de 2000 (Exp. 10.399, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque) al razonar que las reglas de los pliegos de condiciones o de los términos de referencia deben plasmarse y formalizarse de manera fidedigna en el contrato. Esta línea jurisprudencial la Sala recientemente la precisó, en sentencia de 29 de enero de 2004 (Exp. 10.779. Consejero Ponente: Dr. Alir Eduardo Hernández Enríquez), providencia que observa que en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse.</p> <p>En cuanto hace al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, que es justamente el que ocupa, en este juicio, la atención del Consejo de Estado⁵³, la Sala afirmó en la última providencia citada (sentencia de 29 de enero de 2004) el criterio que hoy reitera: que "la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección."</p> <p>De suerte que la intangibilidad del pliego o de los términos de referencia, en relación con las normas que rigen el procedimiento de escogencia del contratista, se desprende de los siguientes principios⁵⁴: de igualdad (arts. 13 y 209 c. n.); de transparencia (arts. 209 c.n.; 23 y 24 ley 80 de 1993); de economía y publicidad (art. 209 c. n.); de responsabilidad (art. 26 ley 80 de 1993), conforme a los cuales debe adelantarse la función administrativa contractual, del deber de selección objetiva (art. 28 ley 80 de 1993) "bajo el</p>				

⁵² Sentencia de 26 de marzo de 1992, Sección Tercera del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Carlos BETANCUR Jaramillo. Exp. 6.353. Actor: CEAT General de Colombia S. A. Ver en el mismo sentido concepto de 16 de mayo de 1967 de la de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora (Anales Tomo LXXII pág. 23).

⁵³ Respecto del segundo grupo, vale decir el conjunto de normas que establecen las disposiciones negociales del contrato por celebrar; la Sala admitió su intangibilidad relativa al permitir excepcionales modificaciones cuando se presenten situaciones sobrevinientes que no sean imputables a las partes y que no trasgredan "los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados a favor de la entidad y el adjudicatario" Sentencia antes citada, de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779.

⁵⁴ Con posterioridad a los hechos demandados, que ocurrieron entre los años de 1995 y 1996, el legislador expidió la ley 489 de 1998; en el artículo 3º indicó los principios de la función administrativa.

ARTÍCULO 3º. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

PARÁGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y a juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara a su arbitrio, las reglas de la selección⁵⁵ y del deber de la entidad interesada de elaborar los correspondientes pliegos con la "determinación y ponderación de los factores objetivos de selección" (num. 2 art. 30 ley 80).</p> <p>Sin embargo, ello no significa que con posterioridad al llamado a licitación y antes del cierre de la misma, la administración pueda introducir modificaciones razonadas y razonables al procedimiento de selección, siempre y cuando las mismas sean debidamente comunicadas a todos y en tanto no se afecte el derecho a la igualdad (arts. 13 y 209 carta política).</p>				
13.2	<u>ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA LOS PLIEGOS DE CONDICIONES</u>				
	<p>En sentencia del Consejo de Estado, del 18 de Septiembre de 1997, actuando como Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, expediente 9118, se estudio la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y apoyándose en otras jurisprudencias esto fue lo que expresó:</p> <p>"En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 4° del artículo 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A.). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones". (Subrayas fuera de texto).</p> <p>El artículo 87 fue reemplazado por el artículo 141 del nuevo Código Contencioso Administrativo, que remite a los artículos 137 y 138 de mismo código y no se establece el plazo de los treinta días. El termino que tendría el demandante para interponer la acción de nulidad y su correspondiente suspensión provisional sería de cuatro (4) meses contados a partir de la expedición del acto, en aplicación del literal c) numeral 2° del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo).</p>				
13.3	<u>SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA LOS PLIEGOS DE CONDICIONES</u>				
	<p>Posteriormente en Sentencia del Consejo de Estado del 19 de Julio de 2007, actuando como Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente 34.059, se pronunció sobre la suspensión provisional que recae exclusivamente sobre actos administrativos (pues se estaba solicitando se suspendiera provisionalmente un contrato). Señala la corporación que el ordenamiento jurídico garantiza la eficacia de la actividad administrativa a través de la institución de la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, en cuanto le otorga su plena eficacia y obligatoriedad. Esta regla, sin embargo, puede ser desvirtuada en sede judicial en forma definitiva por sentencia anulatoria, o de manera transitoria en aplicación de la suspensión provisional.</p> <p>Agrega que la suspensión provisional es un instituto precautorio consagrado en el artículo 238 Superior y desarrollado en el artículo 152 del C.C.A (artículo 31 del decreto 2304 de 1989), concebido para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la Administración cuando expida sus actos, siempre que aparezca a primera vista, en un proceso comparativo a doble columna, la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, exigencia que debe configurarse sin que sea menester</p>				

⁵⁵ SECCIÓN TERCERA, fallo citado de 29 de enero de 2004, Exp. 10.779. En el mismo sentido ver fallo del 3 de mayo de 1999. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández. Exp. 12.344. Actor: Germán Torres Salgado.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto administrativo acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento.</p> <p>Finalmente, el Consejo de Estado aclara que si bien no se puede suspender el contrato por no tratarse de un acto administrativo, ello no quiere decir que no proceda la suspensión provisional contra actos administrativos contractuales. La acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., tal y como quedó luego de la modificación que le introdujera el artículo 32 de la ley 446 de 1998, está enderezada -como ha sostenido esta Sala- a la solución, en sede judicial, de conflictos entre las partes contratantes respecto de los derechos y obligaciones derivados de un contrato estatal que provengan no sólo del contrato mismo o de su ejecución, sino también de un acto (unilateral o bilateral) que incida en el negocio jurídico. De ahí que esta acción sea la vía indicada para impugnar actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 77 de la ley 80 de 1993. Así lo tiene determinado la jurisprudencia de esta Sección al señalar que: "el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el art. 87 del C. C.A., no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, todo vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista."</p> <p>Con esta misma perspectiva la Sala no ha dudado en suspender parcialmente un pliego de condiciones como acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato, que reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero, que es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos, por lo que su naturaleza corresponde a la de un acto administrativo general. (La subraya fuera del texto).</p> <p>La suspensión provisional se encuentra consagrada en el artículo 231 del nuevo Código Contencioso Administrativo, denominado medidas cautelares.</p>				
14	PUBLICACION EN SECOP RESPUESTAS A LAS ACLARACIONES SOLICITADAS POR LOS INTERESADOS				
	Publicación en SECOP de las respuestas a las aclaraciones que se hayan presentado en el plazo para presentar la oferta técnica y económica y las adendas. 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015				Folio No.
15	RECEPCIÓN DE PROPUESTAS				
	Verificación de la finalización del plazo para recepción de la oferta técnica y económica. Se constata con el cronograma propuesto en los pliegos de condiciones, por cuanto es la fecha de finalización del plazo del proceso de selección y es entendido como el plazo último que tienen los proponentes para entregar ofertas. Se verifica igualmente las solicitudes presentadas por los interesados para ampliar el plazo para entregar ofertas y cuál fue la respuesta de la entidad estatal. El numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 indica que dentro de los pliegos de condiciones se debe incorporar una cláusula que determine el plazo para evaluar las ofertas, plazo que debe estar determinado por la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
16	EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS				
	<p>Se tiene que verificar que la evaluación de las ofertas coincide con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y sus adendas y adicionalmente que se hizo dentro del plazo establecido en los mismos.</p> <p>VERIFICACION DE REQUISITOS HABILITANTES.</p> <p>En cuanto a CAPACIDAD FINANCIERA, EXPERIENCIA, CAPACIDAD LEGAL Y ORGANIZACIÓN DEL OFERENTE, se debe considerar lo previsto en los artículos 2.2.1.1.1.5.1 a 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015</p>				Folio No.
17	PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD				
	<p>Se debe dar aplicación al párrafo 1o del art. 5o de la ley 1150 de 2007 relacionado con las reglas de subsanabilidad, y que se regula en los siguientes términos:</p> <p>Artículo 5°. De la selección objetiva.</p> <p>...</p> <p>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.</p> <p>COMENTARIO: El decreto 1082 de 2015 no reglamentó este principio, por lo tanto el principio de subsanación se aplicará desde el contenido del párrafo 1º del artículo 5º de la ley 1150 de 2007.</p>				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	PRINCIPIO DE SUBSANACION DE PROPUESTAS				
	<p>El artículo 56 del proyecto regula el contenido de la oferta y la posibilidad de subsanación señalando en primer lugar que las ofertas deben ser completas. Agrega la norma que las Entidades Estatales tienen el derecho de solicitar a los oferentes aclarar la información de su oferta que parece inconsistente en un plazo adecuado que le permita al oferente atender la solicitud y a la Entidad Estatal cumplir el cronograma de su contratación. Esta solicitud debe hacerse respetando el principio de igualdad garantizando igual trato a todos los oferentes.</p> <p>Consideramos que la redacción de esta cláusula eliminó la posibilidad de saneamiento por parte de los oferentes respecto de los documentos de la propuesta como lo consagraba inicialmente la ley 80 de 1993 y luego la ley 1150 de 2007, en donde se podían sanear aquellos aspectos de la propuesta que no generaran la asignación de puntos. La norma hoy lo que regula es el derecho de la entidad de solicitar información adicional para entender el contenido de la propuesta, mas no el derecho del proponente a agregar información que no haya aportado con su propuesta, pues esa última debe ser completa, caso contrario generará su rechazo. Es volver a la estructura</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	del decreto 222 de 1983.				
17.1	JURISPRUDENCIA PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD				
	<p>En sentencia del Consejo de Estado del 29 de julio de 2015, actuando como Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, expediente 40.660, se pronunció entre otros temas, en la subsanación de propuestas cuando se presentan en convocatorias públicas.</p> <p>Se aborda en primer lugar el objeto de la apelación, en donde se plantea entre otros planteamientos que "... el gerente de la entidad no contaba con la facultad de contratar en la cuantía de la licitación".</p> <p>Y así resuelve el Consejo de Estado basado en el análisis jurisprudencial proferido en los últimos años estableciendo que:</p> <p>2) Subsanación de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales.</p> <p>Previo a adentrarnos de fondo en el estudio de la procedibilidad de la subsanación de las ofertas presentadas en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad pública, la Sala considera pertinente revisar el alcance de la palabra subsanar y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.</p> <p>Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes.</p> <p>En el marco antes referido, a continuación se hará un análisis de los supuestos en que hay lugar a subsanar los vicios o las falencias de una propuesta presentada ante una entidad en el escenario de un proceso de selección contractual". Y por lo anterior establece unas pautas como que la carga de estructuración de la propuesta es del interesado, y que por lo tanto la subsanación de las propuestas se trata de una regla de excepción para el cumplimiento de las exigencias del pliego por parte de los interesados.</p>				Folio No.
	<p>Luego en uno de los apartes de la jurisprudencia estudiando la reforma propuesta por la ley 1150 de 2007 esto advierte el Consejo de Estado:</p> <p>"A partir de este momento, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.</p> <p>Así pues, podrían subsanarse requisitos tales como la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Más no, omisiones tales como el precio de un ítem, el plazo de ejecución de contrato (si se evalúa), etc., por cuanto estos requisitos otorgan puntaje a la propuesta del oferente".</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>A continuación se transcribe la línea jurisprudencias propuesta en la sentencia analizada que puede servir de criterio para la toma de decisiones respecto de la aplicación hoy del principio de subsanación:</p> <p>2.2.4) Análisis de la secuencia jurisprudencial sobre la subsanabilidad en el Consejo de Estado.</p> <p>Al respecto cabe precisar, que a partir de la Ley 1150 de 2007 esta corporación se ha preocupado por brindar herramientas que permitan a las entidades públicas acercar sus procesos de selección al cumplimiento del marco constitucional y legal antes indicado, tendiente evidentemente, a la consecución de los fines de la administración y que por supuesto prevalezca antes que nada la satisfacción del interés general y no el particular.</p> <p>Las herramientas antes mencionadas, han sido puntuales, circunscritas a casos concretos que fueron sometidos a revisión, sin negar que cada uno de los fallos proferidos en el tema aportan elementos importantes para la reconducción objetiva de los procesos contractuales.</p> <p>De esta manera, se compendia la jurisprudencia sobre los requisitos subsanables y no subsanables en la contratación pública a partir de la Ley 1150 de 2007, en el siguiente orden cronológico:</p>				
	<p>1. Sentencia del 26 de febrero de 2011⁽⁸²⁾, en esta sentencia se estudió el último inciso del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 del 7 de julio de 2008, “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, de donde surgió la siguiente regla y subregla:</p> <p>A. Regla general: La falta de capacidad jurídica del proponente en un proceso de selección no es subsanable, debido a que es una condición imprescindible que debe existir al momento de la oferta.</p> <p>B. Subregla: Las limitaciones a las facultades del representante legal son subsanables con acta del órgano directivo o con ratificación artículo 884 Código de Comercio.</p>				Folio No.
	<p>2. Sentencia del 14 de marzo de 2013⁽⁸³⁾, en donde la corporación se encargó de analizar la posibilidad de rechazo o excusión de la oferta que tienen las entidades estatales, señalando que esta facultad se reserva para aquellos casos en que falten los requisitos necesarios o indispensables para la comparación de las propuestas, respetando de esta manera el derecho al debido proceso del oferente y garantizando el ejercicio de la defensa y la contradicción. De esta manera se establecieron las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. Obligación del proponente de estudiar previamente el contenido, alcance y características del contrato a celebrar, las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, que satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: a). subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b) objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c) formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.</p> <p>2. Derecho de defensa y de contradicción del proponente: En la evaluación de las ofertas se deberá expresar los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta y el oferente afectado debe disponer de la oportunidad efectiva para pronunciarse acerca de estas circunstancias, aportando argumentos y elementos de juicio para que la entidad adopte la decisión final.</p> <p>3. Prohibición a las entidades estatales contratantes de consagrar en</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>los pliegos de condiciones causales rechazo de las ofertas o causales de inhabilidad o de incompatibilidad de los oferentes distintas, nuevas, o complementarias a las consagradas en las normas constitucionales o legales vigentes.</p> <p>4. La inobservancia de requisitos necesarios para la comparación de las propuestas por parte de un determinado oferente o la ausencia de presupuestos mínimos o indispensables derivados de los principios o de las normas superiores respecto de una oferta, afecta la validez misma de la decisión administrativa de adjudicación en favor de tal propuesta, y podría llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal contratante.</p> <p>5. No se podrán subsanar las ofertas y por el contrario dará lugar al rechazo de las mismas por parte de las entidades estatales, en los siguientes supuestos: 5.1) Cuando el proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; 5.2) Cuando el respectivo proponente no cumpla con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; 5.3) Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, "para la comparación de las propuestas" y, 5.4) Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.</p> <p>B. Subregla: Las entidades contratantes cuentan con amplias facultades para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de información financiera presentada por los proponentes. Es decir, que se puede verificar válidamente la información que cada oferente hubiere consignado en el registro único de proponentes (criterio aplicado en vigencia de la L. 80/93, art. 22, inc. 2° del 22.3).</p>				
	<p>3. Providencia del 26 de febrero de 2014⁽⁸⁴⁾, en donde la Subsección C se encargó de hacer un recuento normativo sobre la posibilidad de subsanar las ofertas y precisó las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. Carga de la administración: Para evitar el rechazo <i>in limine</i> de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las mismas.</p> <p>2. Derecho del proponente y deber de la administración: La posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.</p> <p>3. Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas: aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación (D. 1150/2007).</p> <p>4. Pregunta que debe hacerse para determinar lo subsanable o insubsanable a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente (L. 1150/2007, art. 5°, par.).</p> <p>B. Subreglas:</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>1. Requisitos subsanables de la propuesta - no otorgan puntaje en la evaluación: 1.1. La falta de certificado de existencia y representación legal; 1.2. La no presentación del registro único de proponentes, RUP; 1.3. La ausencia de firma de la oferta; 1.4. La falta de un certificado de experiencia; 1.5. La no presentación de la copia de la oferta; 1.6. La ausencia y errores en la garantía de seriedad; 1.7. Las limitaciones de autorización al representante legal por parte de la junta directiva u órgano competente.</p> <p>2. Requisitos no subsanables de la propuesta - Otorgan puntaje en la evaluación: 2.1. La falta de precio de un ítem, 2.2. La omisión del plazo de ejecución —si se evalúa—, etc.</p>				
	<p>4. Sentencia del 12 de junio de 2014⁽⁸⁵⁾, en donde la corporación analizó si la existencia de un paz y salvo era requisito suficiente para rechazar de plano la oferta presentada por uno de los proponentes, concluyendo que la entidad demandada desbordó sus facultades de rechazo de las ofertas al descartar al allí demandante. La anterior posición, dispuso las siguientes regla y subregla:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. Derecho constitucional al debido proceso: El proponente cuenta con este derecho en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas por la administración y los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza: subjetivos que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; objetivos que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y formales que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, lo cuales podrán ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993, siendo posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el defecto, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 ibídem.</p> <p>B. Subregla: La exigencia de un paz y salvo provisional expedido por una autoridad administrativa, no constituye un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trata de un requisito formal que puede ser subsanado por el proponente.</p>				Folio No.
	<p>5. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁽⁸⁶⁾, donde se reiteró lo dicho en la sentencia anterior y se hizo especial referencia a la posibilidad de subsanar los requisitos habilitantes por parte del proponente, estableciéndose las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. Reiteración de la sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25.804. Posición que puede ser resumida en el criterio según el cual, defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas —usualmente indicado en los pliegos de condiciones—, sin exceder del día de la adjudicación.</p> <p>2. La administración, tiene la posibilidad de solicitar a los oferentes dentro de la etapa de evaluación de las ofertas, que aclaren y/o expliquen el contenido de algún aspecto de la propuesta, bien porque no es claro, porque es inconsistente o en definitiva, confuso.</p> <p>3. No cualquier desviación de la oferta con relación a lo contenido en el pliego, justifica su rechazo.</p> <p>4. La falta de claridad no supone, per se, un problema de subsanabilidad de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo.</p> <p>5. Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella.</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>B. Subreglas:</p> <p>1. Los requisitos que facilitan la evaluación de las propuestas, como la exigencia de entregar la propuesta en original o dos copias y/o formularios exigidos por la entidad, no pueden conducir al rechazo de la oferta.</p> <p>2. Algunos de los requisitos de carácter formal que pueden ser subsanados por los oferentes y que no constituyen causal de rechazo de la oferta son por ejemplo, la tabla de contenido, el foliado y/o no aportar los documentos en el "orden" exigido.</p> <p>3. La modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad.</p>				
	<p>6. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁽⁸⁷⁾, en donde se estudió si la falta de claridad frente a la facultad de contratar otorgada por el órgano social de una empresa a su representante legal, constituye razón suficiente para descartar la propuesta, concluyéndose que tal circunstancia es un requisito subsanable. Por lo tanto, se establecieron las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. Distinción entre requisitos habilitantes y factores de escogencia, los primeros se refiere a las condiciones de los oferentes, sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y los segundos, son los que califican la propuesta (no al proponente) que por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación (L. 1150/2007, art. 5°).</p> <p>2. Lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes: pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.</p> <p>3. Se limitó la posibilidad con la Ley 1150 de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas: lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993.</p> <p>4. Ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia: pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.</p> <p>5. Si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.</p> <p>6. Todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.</p> <p>7. La entidad contratante es la que establece el término que considere razonable para que los proponentes subsanen las propuestas.</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>8. Por regla general el cumplimiento de los requisitos habilitantes, es decir, de las condiciones mínimas para participar en el proceso de selección es certificado por el registro único de proponentes, RUP, de modo que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en el mencionado registro.</p> <p>B. Subreglas:</p> <p>La falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, son requisitos habilitantes que no otorgan puntaje, por lo tanto, son subsanables.</p> <p>2. La ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.</p> <p>3. La falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios de a su representante legal en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona jurídica como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.</p>				
	<p>7. Sentencia del 13 de febrero de 2015⁽⁸⁸⁾, se analizó si la ausencia de inscripción del revisor fiscal en el certificado de existencia y representación y que los documentos allegados para demostrar los estados financieros básicos no estuvieran firmados por un revisor fiscal, son elementos suficientes para descalificar a un proponente. Para lo cual señalaron las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Regla general:</p> <p>1. El incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, no necesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.</p> <p>2. Por regla general, la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas.</p> <p>3. Distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones, para de esta manera poder establecer cuales podrán ser subsanados y cuáles no.</p> <p>B. Subregla: La presentación de estados financieros es un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de éste la administración califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes con fundamento en datos financieros objetivos contenidos en los estados financieros aportados, debidamente dictaminados y certificados. Por lo tanto, no es subsanable.</p>				Folio No.
	<p>8. Sentencia del 11 de mayo de 2015⁽⁸⁹⁾, en la cual se analizó si la no presentación de las declaraciones de renta dentro de un proceso de licitación constituye una causal suficiente para rechazar la oferta de un proponente. Así, se estableció la siguiente regla:</p> <p>A. Regla general:</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>1. Reiteración el criterio según el cual lo sustancial debe primar sobre lo formal, en los siguientes términos: El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente.</p> <p>2. Inversión en la carga de corrección de las propuestas: esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar y lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado.</p> <p>9. Finalmente y ampliando la casuística relacionada con aquellos requisitos que pueden ser subsanados, sin que esto implique un mejoramiento o favorecimiento a algún proponente, sino por el contrario, la aplicación de los principios de la contratación y fines del Estado, es que la Sala de Subsección procederá a decidir el caso concreto teniendo en cuenta las siguientes reglas y subreglas:</p> <p>A. Reglas generales:</p> <p>1. La subsanación de las ofertas por parte de un proponente, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.</p> <p>2. La estructuración de las propuestas es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, quien también tiene la carga de que el contenido de los mismos, se fundamente en reglas objetivas claras y justas que conduzcan a ofrecimientos de la misma índole en el escenario del proceso de selección.</p> <p>3. La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no por el contrario debe ser considerada de tipo excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos, que permitan realizar una comparación objetiva de las propuestas.</p> <p>4. La subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.</p> <p>5. La posibilidad de corregir los errores de la oferta ante la entidad estatal al ser un derecho, es de obligatorio cumplimiento para la administración, razón por la cual su desconocimiento dará la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento. Es decir, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta.</p> <p>B. Subreglas:</p> <p>1. La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta.</p> <p>2. Una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto para comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente, es prueba suficiente para que se comprometa a la sociedad, situación que puede ser ratificada en el término que indique la administración pero antes de la suscripción del contrato.</p>				
	<p>Entonces, bajo el anterior desarrollo legal y jurisprudencial la Sala enmarcará su decisión en el caso concreto.</p> <p>3) La capacidad de jurídica del representante de una sociedad.</p> <p>La jurisprudencia de esta corporación se ha encargado de definir la capacidad jurídica y de ejercicio de que gozan las personas naturales y jurídicas, así lo hizo en sentencia del 8 de febrero de 2012⁽⁹⁰⁾:</p> <p>"4.1. En cuanto al primer aspecto, es menester recordar que como todo contrato para la plena producción de sus efectos, el estatal, además de que debe reunir los requisitos para su existencia, requiere también que cumpla una serie de atributos necesarios para su validez. La validez indica la regularidad del contrato, esto es, que existiendo responde a las prescripciones legales, siendo uno de sus presupuestos precisamente la capacidad de los sujetos para contratar, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, cuya inobservancia conduce a la nulidad del contrato⁽⁹¹⁾.</p> <p>La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (C.P., art. 14), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (C.C., art. 1502, inc. final), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.</p> <p>La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.</p> <p>La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces⁽⁹²⁾; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (L. 27/77), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (C.C., art. 633) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (C. Co., art. 99)⁽⁹³⁾.</p> <p>En materia de contratación estatal, el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) "[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes"; (ii) "[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"; y (iii) "[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más".</p> <p>Esta norma se aplica en consonancia con el artículo 8 ibídem y demás normas concordantes que establecen restricciones en la contratación estatal para la celebración de los contratos como son las inhabilidades e incompatibilidades, que se refieren a situaciones objetivas y subjetivas que implican una incapacidad especial, en tanto comportan una prohibición legal a determinadas personas para contratar con el Estado, con fundamento en el interés general. Así mismo, la Ley 80 de 1993 (art. 7º) consagró las figuras de</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>los consorcios y las uniones temporales a las que se les permite proponer, celebrar y ejecutar contratos, tal y como se menciona en el artículo 6º ibídem. (...).</p> <p>En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.</p> <p>La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”⁽⁹⁴⁾, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta⁽⁹⁵⁾.</p> <p>Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal” (resaltado fuera de texto).</p> <p>Conforme a lo anterior, queda claro que la capacidad jurídica que goza el representante legal de una empresa o sociedad está relacionada con su objeto social, lo que quiere decir que todos sus actos deberán estar encaminados al desarrollo del mismo, es por esto, que al momento de la presentación de una oferta ante una entidad estatal, lo que se deberá demostrar es la capacidad jurídica del representante, ya que esta constituye un requisito habilitante para participar en el proceso de selección.</p> <p>Otra cosa es que exista una limitación o restricción para el ejercicio de dicha capacidad, circunstancia que en principio no permite afirmar que el representante no podía celebrar un determinado negocio jurídico. Lo anterior, en virtud de la figura de la representación que “De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. (...) En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella”⁽⁹⁶⁾.</p> <p>Así pues, el representante legal actúa de conformidad con las atribuciones a él encomendadas y delegadas por la junta directiva a favor de la sociedad en virtud de contrato de mandato, el cual se ha definido por la ley en el artículo 2142 del Código Civil, como aquel contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario. Y es precisamente esta bilateralidad necesaria para la conformación del negocio, la que se aprecia de manera clara cuando se expresa que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario⁽⁹⁷⁾.</p> <p>Por su parte, en materia mercantil el Código de Comercio en el artículo 1262, define el mandato como un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. Adicionalmente, indicó que el mandatario no podía exceder los límites del encargo, precisando que en el evento que los actos cumplidos se ejecuten más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique⁽⁹⁸⁾.</p> <p>Ahora bien, es necesario precisar que en el caso del mandato mercantil, el mandatario no lleva la representación del mandante, por cuanto mediante el acto de apoderamiento, se faculta al mandatario el poder actuar en representación del mandante. Entonces, en el mandato mercantil, para representar a otro, será necesario un acto de apoderamiento. Dicho acto de apoderamiento consistirá en otro negocio jurídico que puede ir acompañado de otros negocios jurídicos como el propio mandato.</p> <p>Por lo tanto, el poder, consiste en la facultad de celebrar negocios jurídicos en nombre de otra persona y el apoderamiento es un acto jurídico por medio del cual se otorga la facultad a otra para representar a otro en los negocios jurídicos.</p> <p>La doctrina ha señalado que: "Establecido que dos sujetos entrelazan sus voluntades hacia un determinado fin, como un primer elemento configurante del negocio, se indica en las definiciones legales un segundo factor consistente en que ellas deben recaer sobre un objeto determinado, esto es, "la gestión de uno o más negocios" o "o uno o más actos de comercio", lo que naturalmente supone la vinculación de un tercero en el negocio encomendado. Pero, no obstante estar reunidos el consentimiento y el objeto, aún no se puede perfeccionar el contrato de mandato porque es necesario complementar el objeto con la obligación del mandatario de celebrar aquellos negocios "por cuenta y riesgo" del mandante, es decir, con afectación de su patrimonio (para el "<i>idem placitum consensus</i>"), ya que si el mandatario los celebra por cuenta suya, no habría hecho el mandante más que darle un consejo; y si los celebra por cuenta de otro, se trataría simplemente de la recomendación de negocios ajenos"⁽⁹⁹⁾.</p> <p>Del mismo modo, sucede con el mandato mercantil aunque no se diga expresamente que es a riesgo del mandante, debe entenderse que así lo es, ya que en todo negocio donde exista sustitución siempre se verá inmersa la contingencia de pérdida o daño, por el ejercicio de una actividad patrimonial.</p> <p>Ahora bien, como características relevantes de este tipo de contrato, podemos decir, que es típico, es un negocio de sustitución, es principal, no es preparatorio, es consensual, es naturalmente oneroso pero puede pactarse que sea gratuito, es bilateral, de cooperación en beneficio del mandante y de ejecución instantánea o de tracto sucesivo⁽¹⁰⁰⁾.</p> <p>El mandato, comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato⁽¹⁰¹⁾. El encargo, deberá ejecutarse teniendo en cuenta que el mandatario no podrá por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante⁽¹⁰²⁾.</p> <p>Así mismo, es necesario tener en cuenta que en la ejecución del mandato, el mandatario puede aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia⁽¹⁰³⁾. Es por esto, que se establece la prohibición al mandatario de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante⁽¹⁰⁴⁾.</p> <p>...</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
18	OFERTA CON VALOR ARTIFICIALMENTE BAJO				
	<p>De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, así se reguló la oferta con valor artificialmente bajo:</p> <p>Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 15 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.</p> <p>Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.</p> <p>En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma.</p> <p>COMENTARIO: Al no recrearse nuevamente la norma del decreto 734 de 2012 como estaba redactada en el sentido de prohibirse reglas que presuman el precio artificial, existe el riesgo que las entidades estatales vuelvan a colocar reglas en los pliegos que presupongan la propuesta artificialmente baja colocando pisos, debajo de los cuales se rechace el ofrecimiento, y de paso atentando contra el derecho de libre competencia económica (art. 13 y art. 333 C.P.)</p>				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS				
	<p>La oferta anormalmente baja se encuentra regulada en el artículo 57 del proyecto señalando que las Entidades Estatales que presuman que una oferta es anormalmente baja por su diferencia con la información disponible del mercado y con las demás ofertas recibidas, deben solicitar al oferente explicar las condiciones particulares técnicas y económicas de su oferta, incluyendo información detallada del análisis de precios en relación con el alcance del contrato, la metodología propuesta, el cronograma y la gestión de riesgos del contrato. Luego de evaluar la aclaración presentada por el oferente, la Entidad Estatal puede: (a) aceptar la oferta; (b) aceptar la oferta y exigir al oferente incrementar el valor de las garantías previstas en el contrato o exigir nuevas garantías para proteger a la Entidad Estatal de los riesgos adicionales del contrato relacionados con el valor del mismo; o (c) rechazar la oferta.</p> <p>Consideramos que la norma se puede quedar corta respecto del momento en que se de aplicación de este requerimiento, ya que al hablar de aceptar ofertas y requerir eventualmente que se modifiquen las garantías y se revise la asignación de riesgos, al parecer ya estaría adjudicado el contrato. En este caso creemos que se debería establecer este requerimiento en la etapa</p>				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	previa a la adjudicación, durante la evaluación de las propuestas.				
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	RECHAZO DE LAS PROPUESTAS				
	En aplicación del artículo 58 del proyecto, las Entidades Estatales deben rechazar las ofertas en los siguientes casos: 1) Cuando la oferta es incompleta porque no tiene los elementos esenciales del negocio jurídico. 2) Las ofertas presentadas por quien es objeto de una prohibición establecida en los artículos 21 a 25 de la presente ley. 3) Las ofertas anormalmente bajas de acuerdo con el artículo 57 de la presente ley.				
19	PRORROGA DEL PLAZO PARA EVALUAR LAS OFERTAS				
	COMENTARIO: Con la regulación del artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015, en donde la entidad estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato, podría eventualmente suplir el vacío legal que no reguló la ampliación del plazo para evaluar para evaluar ofertas en ningún proceso de selección. Así que con la aplicación del artículo 25 del decreto en mención es posible ampliar dicho plazo para permitir la elaboración del informe de evaluación de ofertas cuando lo considere necesario la entidad estatal. Ver la sentencia del Consejo de Estado. C.P. María Helena Giraldo Gómez. Expediente 12083 y 14092 del Tres (3) de mayo de 2001. Demanda decreto 287 de 1996, que regulaba el plazo máximo para ampliar el plazo de evaluación de las ofertas y que hoy no tendría límite para prorrogar el termino que sea necesario para sacar el informe de evaluación de las propuestas.				Folio No.
20	INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS				
	Verificación de la garantía de poner a disposición de los proponentes el informe de evaluación de las ofertas para sus observaciones por cinco (5) días hábiles. Numeral 8° del artículo 30 de la ley 80 de 1993. En Sentencia de 2000 ⁵⁶ el Consejo de Estado tuvo oportunidad de estudiar la naturaleza jurídica del término con que cuentan los oferentes para presentar observaciones, y expresó que si un proponente quiere controvertir dichos informes deberá solicitar la nulidad del acto de adjudicación. Del análisis de la sentencia se colige que el informe de evaluación de ofertas, cuando se pone a disposición de los proponentes, se considera un acto de simple trámite que no es susceptible de recursos, y que en caso de violación de la normatividad vigente el interesado sólo podrá proceder mediante la acción de nulidad del acto de adjudicación.				Folio No.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 18 de octubre de 2000, C. P.: María Elena Giraldo Gómez. EXPEDIENTE: 12.663. NATURALEZA JURIDICA DEL INFORME DE EVALUACION

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	En aplicación del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 se debe publicar el informe en SECOP				
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	ETAPA DE SELECCIÓN				
	De acuerdo con lo previsto en el artículo 61 del proyecto, en la etapa de selección las Entidades Estatales deben recibir y evaluar las ofertas presentadas por los interesados, y seleccionar la oferta más favorable de acuerdo con los documentos del Proceso de Abastecimiento y la presente ley. La etapa de selección termina con la definición de la oferta más favorable y la consecuente selección del contratista. Como se puede colegir de esta norma desaparecen instituciones como el derecho de contradicción de los proponentes y la adjudicación por audiencia pública. Lo primero mas que ser un derecho de que presenta la propuesta de explicarle a la administración su inconformidad con el resultado, le sirve al estado mismo para que corrija errores que pudo haber cometido en la evaluación de las propuestas y los pueda corregir en la audiencia de adjudicación. Lo anterior evita que un futuro se presenten demandas por violación del principio de selección objetiva, sin embargo ello no se conserva en el proyecto de derogatoria.				
21	PLAZO PARA ANALIZAR LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS				
	Análisis de las observaciones presentadas por los proponentes al informe de evaluación de las ofertas. Art. 5° de la ley 1150 de 2007. Se debe verificar las observaciones que presentan los oferentes al informe a fin de constatar que no se rechazaron ofertas por cuestiones meramente formales.				Folio No.
22	ADJUDICACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN AUDIENCIA PÚBLICA				
	Análisis de la Resolución de adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación y los recursos que hayan presentado los oferentes ante esta resolución. Numeral 9° del art. 30 de la ley 80 de 1993. Art. 9° de la ley 1150 de 2007. Verificación del contenido del numeral 9° del artículo 30 de la ley 80 de 1993 para efectos de la ampliación de este plazo para adjudicar. Verificación sobre la solicitud de la Contraloría correspondiente de efectuar la adjudicación por audiencia pública en desarrollo del artículo 273 de la Constitución Política. El artículo 9o de la ley 1150 de 2007 establece que la adjudicación se efectuará de manera obligatoria en los procesos de licitación pública mediante audiencia pública, con resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. Se permite durante la audiencia que los oferentes se pronuncien sobre la decisión y la entidad deberá dar respuesta antes de la adjudicación del contrato.				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>El contenido del numeral 11° del artículo 30 de la ley 80 de 1993 derogado por el artículo 32 ley 1150 de 2007, se regula nuevamente por el artículo 9.° de la nueva ley, y se señala nuevamente que el acto de adjudicación es irrevocable y que obliga a la entidad y al adjudicatario. Sin embargo, se agregan unas circunstancias en las cuales sí opera la revocabilidad: "No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993".</p> <p>Agrega el artículo 9.° ibidem que sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al 50% del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar.</p> <p>La Ley 80 en el numeral 12 artículo 30 consagra la posibilidad de adjudicar el contrato, dentro de los 15 días siguientes, a aquel proponente que se encuentre en el segundo orden de elegibilidad en la evaluación de las ofertas, cuando a quien se le adjudicó el contrato no lo suscriba, pero con la condición de que la oferta sea igualmente favorable para la entidad. De otra parte, cuando el adjudicatario no suscriba el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, ordena la ley que quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituido 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.</p>				
23	REGLAMENTACION DE LA AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN				
	<p>El artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 reglamentó la Audiencia Pública de Adjudicación con las siguientes etapas:</p> <p>La entidad estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la entidad estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado. 2. La entidad estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes. 3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la entidad estatal haya señalado con anterioridad. 4. La entidad estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el Secop 			Folio No.	

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>con antelación.</p> <p>5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda.</p> <p>El Consejo de Estado en sentencia de 1998⁵⁷ también se había pronunciado sobre las pretensiones de quienes solicitan la nulidad de una adjudicación, quienes deben demostrar su vocación de obtener el primer orden de elegibilidad para solicitar la indemnización de perjuicios: Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala de que quien pretenda obtener el restablecimiento de su derecho como consecuencia de la nulidad de una adjudicación porque su propuesta era la mejor tiene una doble tarea: no sólo desvirtuar que en realidad la entidad contratante se equivocó en la adjudicación, sino además [demostrar] que su propuesta era la mejor. Al respecto la Sala ha dicho lo siguiente en proceso de similar controversia: "Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere, si quiere sacar adelante sus pretensiones, doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo, relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración".</p> <p>En Sentencia del Consejo de Estado del 13 de febrero de 2013, Consejero Ponente Mauricio Fajardo, expediente 23.906, se pronunció sobre este mismo tema en los siguientes términos:</p> <p>Ahora bien, esta corporación en sus precedentes judiciales ha precisado que se requieren dos condiciones para que salgan adelante las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el que se demanda es el acto administrativo de adjudicación, con el cual se define y pone fin a un determinado procedimiento administrativo de selección contractual: a) que se pruebe la ilegalidad de la decisión adoptada por la administración y b) que la parte actora demuestre que su oferta fue la mejor y que de no haberse presentado el vicio de ilegalidad habría sido la ganadora de la licitación o del correspondiente procedimiento administrativo de selección. En este sentido se ha señalado:</p> <p>"(...) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (...) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de 1999, expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández)".</p> <p>Se agregó lo siguiente:</p>				

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de junio de 1998, C. P.: Ricardo Hoyos Duque. EXPEDIENTE 10.217. PRUEBA DE LA MEJOR OFERTA

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	<p>"Y, en posterior oportunidad, también señaló la Sección Tercera:</p> <p>"A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber de demostrar, que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; que era la mejor en sus aspectos técnicos y financieros y que era la más conveniente para el interés público, circunstancias que reunidas, lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública Internacional 1 de 1993 y por lo tanto a la indemnización" (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de enero 29 de 2009, expediente 13.206. C.P. Myriam Guerrero de Escobar)".</p> <p>En esa misma sentencia el Consejo de Estado trato de evaluar las propuestas pero no anexaron las propuestas completas, ello derivó en que no pudiera evaluar nuevamente las propuestas.</p> <p>En igual sentido se pronunció en sentencia de 2003⁵⁸ el Consejo de Estado, en la cual, al referirse a las pretensiones de quienes solicitan la nulidad de una adjudicación, reconoció el 100% de la utilidad esperada por quien no fue beneficiado por la adjudicación del contrato.</p> <p>El Consejo de Estado, estudiando la pretensión del demandante que solicitaba se le reconociera la totalidad de la utilidad proyectada, se apoyó en una sentencia anterior de fecha 27 de noviembre de 2002, en donde se señalaba que uno de los principios que orientan el Estatuto de Contratación es justamente el de garantizar para el contratista el derecho a percibir las utilidades previstas al momento de formular su propuesta o de celebrar el contrato; y agregó la jurisprudencia en mención:</p> <p>[...] si un proponente superó todas las pruebas y evaluaciones propias del proceso de selección del contratista, obtuvo el mejor puntaje y se hizo merecedor a la adjudicación del contrato, no hay razón para deducir que no habría de celebrar o ejecutar el contrato en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación. Tampoco cabe afirmar que es imposible cuantificar el perjuicio, toda vez que la evaluación de la legalidad del acto de adjudicación sólo se logra mediante la comparación entre las propuestas presentadas al proceso licitatorio y el pliego de condiciones aportadas al correspondiente proceso judicial y es, precisamente, mediante el estudio de la propuesta del demandante que se deduce, por lo general, el valor de las utilidades que proyectó. Se tiene así que la celebración, la ejecución del contrato y la obtención de la utilidad esperada son derechos ciertos del proponente que hizo la mejor propuesta, los cuales se frustraron por un proceder ilegal y por tanto ilegítimo de la administración: la no adjudicación del contrato al mejor proponente.</p> <p>Se aclara, por lo tanto, que el que se reconozca el 100% de la utilidad no significa que se estén reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista: simplemente se le está reconociendo lo esperado por él en razón de la utilidad proyectada en su propuesta, al tener el mejor derecho para ser favorecido con la adjudicación del contrato, y que habría obtenido en caso de haberlo celebrado y ejecutado. Esa sería la misma conclusión a la que se llegaría:</p> <p>[...] si se tiene en cuenta que en estos eventos surge la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 C. P. de 1991 tanto para la</p>				

⁵⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de febrero de 2003, C. P.: Ricardo Hoyos Duque. EXPEDIENTE 14.107. REPARACIÓN INTEGRAL UTILIDAD

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	responsabilidad contractual como extracontractual y que comprende todos los regímenes jurídicos de responsabilidad del Estado; esa responsabilidad determina la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios causados, toda vez que están presentes los elementos que la configuran, resaltando que el daño sufrido por el demandante no le es imputable y por tanto la conducta irregular de la administración, al no haberle adjudicado a aquel debiéndolo hacer, se convierte en la causa única o exclusiva del daño antijurídico padecido por el proponente que debió ser adjudicatario, en este caso el demandante.				
24	PUBLICACIÓN DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN				
	En aplicación del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 se debe publicar el acto administrativo que adjudica la licitación pública.				Folio No.
25	DECLARATORIA DE DESIERTA				
	<p>Numeral 18 del artículo 25 de la ley 80 de 1993. La declaratoria de desierta se efectuará mediante acto administrativo motivado conforme al Código Contencioso Administrativo, por lo tanto hasta tanto no quede ejecutoriada el acto de declaratoria de desierta no se podrá hacer uso del término establecido en el literal d) del numeral 2° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007, que señala la iniciación del proceso de selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a su declaración.</p> <p>El artículo 2.2.1.2.1.2.22 del Decreto 1082 de 2015 reguló el proceso de selección abreviada relacionada con la declaratoria de desierta señalando que la entidad estatal que haya declarado desierta una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: a) recibir manifestaciones de interés, y b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la entidad estatal debe expedir el acto de apertura del proceso de contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta.</p> <p>Hay que tener en consideración que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, no se considera una causal para declarar desierta una licitación si se presenta una sola propuesta, siempre y cuando la misma cumpla con los requisitos habilitantes y con los requerimientos contenidos en los pliegos de condiciones. Así se reguló la materia:</p> <p>“Artículo 2.2.1.1.2.2.6. Adjudicación con oferta única. La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente decreto para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme”.</p>				Folio No.
26	PUBLICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARANDO DESIERTO EL PROCESO DE SELECCIÓN				
	Publicación en SECOP del acto administrativo de declaratoria de desierto. Artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.				Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL				

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)				
	ETAPA DE LA MANIFESTACIÓN POR ESCRITO DEL ACUERDO Y PUBLICIDAD DEL CONTRATO				
	<p>El artículo 62 del proyecto regula la etapa de la manifestación por escrito del acuerdo y publicidad del contrato, en donde la Entidad Estatal y el contratista manifiestan por escrito su acuerdo y publican el contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del proyecto.</p> <p>En esta etapa, el oferente que resultó adjudicatario en el Proceso de Abastecimiento debe presentar a la Entidad Estatal: (a) la legalización de documentos públicos otorgados en el extranjero y presentados con la oferta, de acuerdo con la normativa aplicable; (b) la presentación del original o de una copia determinada de un documento para acreditar una situación particular, cuando por disposición legal esto es necesario; y (c) la traducción oficial al castellano de los documentos originales, cuando el adjudicatario presentó con la oferta un documento en un idioma distinto al castellano sin la traducción oficial del mismo.</p>				
	ETAPA DE EJECUCIÓN				
	El artículo 63 del proyecto regula lo referente a la ejecución en donde el contratista debe cumplir con el objeto del contrato y sus obligaciones. Por su parte la Entidad Estatal debe cumplir con el pago de sus obligaciones y supervisar el cumplimiento del contrato. Advierte la norma que Las partes deben estar en constante comunicación durante esta etapa para mitigar los riesgos asociados al contrato y para informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar la ejecución del mismo.				
	ETAPA DE LIQUIDACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES POST-CONSUMO Y POST- CONTRACTUALES.				
	En aplicación del artículo 64 del proyecto en la etapa de liquidación y verificación de las obligaciones post-consumo y post-contractuales, la Entidad Estatal debe liquidar el contrato en los casos previstos en el artículo 46 del proyecto y verificar el cumplimiento de las garantías de estabilidad, calidad y mantenimiento y de las condiciones de disposición final o recuperación ambiental dejando constancia de esto.				
27	PUBLICACION DE LOS DOCUMENTOS DEL PROCESO DE SELECCIÓN				
	<p>Publicación en SECOP de la propuesta adjudicataria, del contrato y sus documentos de ejecución. Artículo 2.2.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>COMENTARIO: Una obligación que se torna novedosa es la publicación de la oferta adjudicataria del contrato y los documentos de ejecución, lo cual significa que se deben publicar el acta de inicio y los otros, contratos adicionales, actas de suspensión y reiniciación, el acta de</p>				Folio No.

No.	ETAPAS	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
	liquidación de mutuo acuerdo, los actos administrativos expedidos en desarrollo de la ejecución del contrato de carácter excepcional como las multas, la caducidad y demás actos.				
28	PUBLICACION DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL				
	Publicación en SECOP del acto de liquidación. Artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.				Folio No.
29	OBLIGACIONES POSTERIORES A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL				
	De acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.				Folio No.

4. ANALISIS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LICITACION PUBLICA

BAJO LA LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 / LEY 1474 DE 2011 / DECRETO 066 DE 2008 / DECRETO 1082 DE 2015 (papel de trabajo No. 2)

a. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. NATURALEZA JURIDICA

Tal como lo sostiene el Doctor Edgar González López⁵⁹ la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado el concepto y la naturaleza general del pliego de condiciones pues no existe una definición legal. Sostiene este autor que el pliego de condiciones corresponde a un acto administrativo de carácter general⁶⁰, en donde la administración pública en forma previa y unilateral, establece las reglas para determinar la necesidad de servicio público que pretende satisfacer, en ejercicio de una planeación debida, y el procedimiento para que las personas interesadas, en desarrollo de los principios de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad, presenten sus ofertas y pueda la administración seleccionar en aplicación del principio de selección objetiva, la oferta más favorable, aplicando para ello, según el autor consultado, los criterios de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales.

Para el autor, el que se indique como característica que es una manifestación unilateral, esta significando que la entidad estatal para especificar el suministro, la obra o el servicio, fija las condiciones que se han de seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y el futuros contratista, afirmación sobre la unilateralidad que nace de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶¹.

⁵⁹ EDGAR GONZALEZ LÓPEZ. *El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal. La Reforma Consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Serie 10 Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2010, pág. 43 a 45

⁶⁰ Ob. Cit., pág. 43. González se apoya para sostener esta tesis en Auto del Consejo de Estado del 10 de octubre de 1991, obrando como Consejero Ponente Juan de Dios Montes. En el auto del 6 de noviembre de 1997 obrando como Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia del Consejo de Estado del 19 de septiembre de 2007, expediente 13416, actuando como Consejero Enrique Gil Botero. En cuanto a la doctrina el autor cita a Miguel Angel Bercaitz, en su libro *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, p. 330.

⁶¹ Ob. Cit., pág. 44. En la Sentencia del 1º de agosto de 1991, el Consejo de Estado con el expediente 6802, obrando como Consejero Ponente Juan de Dios Montes sostuvo lo siguiente: "El pliego es un acto unilateral proferido por la entidad, con efectos jurídicos en el proceso de selección y en la celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido como la manifestación unilateral de la administración de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas.

Señala González que los pliegos de condiciones contienen dos clases de regulaciones:

La primera referida a las condiciones contractuales, en donde se reseñan las cláusulas que se aplicarán en la ejecución del contratos que pretende formarse, como su objeto, especificaciones técnica, los límites a su cuantía contenidos en el presupuesto oficial de la entidad, la forma de pago, el plazo de entrega, las revisiones y actualizaciones de precios si a ello hay lugar, y en general, los derechos y obligaciones de las partes.

La segunda referida a las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, considerando la naturaleza normativa, donde se señalarán las etapas y las distintas fases del proceso de selección entre las cuales se destaca: la publicación de los avisos, la etapa de aclaraciones y eventuales modificaciones o solicitudes de subsanación de requisitos de la oferta; la etapa de audiencia del concurso de méritos; la etapa de adjudicación de la propuesta más favorable y la etapa de perfeccionamiento del contrato.

Volviendo sobre la naturaleza jurídica⁶² nos dice el autor consultado que la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶³, que esta corporación ha tomado posición sobre las distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica como acto unilateral de la administración, como reglamento, en su carácter contractual, o de naturaleza mixta, y que ha asumido esta última en tanto que una vez adjudicado el proceso muta y se incorpora en su parte pertinente al contrato, por lo que se indica que culmina la etapa precontractual y se convierte en cláusula contractual.

Para el autor⁶⁴, en Colombia el pliego de condiciones se ha considerado como un acto precontractual, y por lo tanto susceptible de acciones jurisdiccionales con términos de caducidad limitados para el ejercicio del derecho particular. Lo que se ha cuestionado de esta teoría, es que este tipo de actos administrativos no tienen vocación de permanencia y se agotan en el caso específico al precluir el proceso administrativo de selección o por lo menos al terminar el contrato. Para el Consejo de Estado, aclara González, no se trata del reglamento producto del desarrollo de las competencias del poder ejecutivo derivadas de la constitución, sino de un acto administrativo de carácter general que se expide en desarrollo de la ley de contratación y de los reglamentos de dicha ley. Como consecuencia de esta postura (advirtiendo que hay dos posturas, la del acto administrativo de carácter general y la del acto complejo que inicia el trámite de contratación y luego muta a contrato) nos dice que “el pliego de condiciones es un acto administrativo y no deja de serlo aunque el proceso precontractual culmine en forma exitosa en un acto de adjudicación y en el perfeccionamiento del contrato estatal. Ello permite afirmar que sus cláusulas normativas, que fijaron desde el inicio el derrotero del futuro contrato, prevalecen sobre el contrato, sin perder su naturaleza normativa ni hacer parte de su clausulado, pues de otra manera se estarían violando las normas que obligan al proceso de selección y al acatamiento

⁶² Ob. Cit., pág. 46

⁶³ Ob. Cit., pág. 46. Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 32871. C.P.Mauricio Fajardo

⁶⁴ Ob. Cit., pág. 48 a 50

de sus preceptos y principios”⁶⁵. Por lo tanto agrega que la “... jerarquía de la norma del pliego, por regla general de carácter intangible, no puede equipararse a la de la cláusula contractual, por esencia modificable en las circunstancias de ley o cuando lo acuerden las partes (*ius cogens*). Aún podría pensarse en cláusulas contradictorias, unas con valor y rango de pliego y otras convenidas en forma complementaria a la minuta inicial, y frente a ellas habría que señalar, para su interpretación, la prevalencia de las disposiciones del pliego, que sólo puede afirmarse si se considera por encima del contrato y con su naturaleza normativa de acto administrativo y de creación unilateral”.

b. CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES. REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
		SI	NO	N/A	
1	REGULACION LEGAL DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES				
	<p>Numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993. El numeral quinto del artículo 24 de la ley 80 de 1993 consagra que los pliegos de condiciones deberán entre otros contener REGLAS OBJETIVAS, CLARAS Y JUSTAS que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren la escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. Lo anterior significa que las entidades estatales solo están autorizadas para limitar la libertad de concurrencia de posibles oferentes invocando el INTERÉS GENERAL, el cual se protege mediante las reglas de acceso al proceso de selección que definen el perfil del oferente y futuro contratista, y le garantizan a la administración que contratará con aquel que demuestre la suficiente idoneidad para ejecutar el contrato y por ende su cumplimiento.</p> <p>En este caso se debe aplicar el contenido del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, según la cual, la exigencia de las condiciones debe ser “adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”.</p>				Folio No.
1.1	PONDERACION EN LA COLISION DE PRINCIPIOS				
	<p>Robert Alexy⁶⁶ señala que los <i>principios</i> son normas que ordenan que “algo” sea realizado en la mayor medida de los posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los <i>principios</i> son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.</p> <p>En cuanto a la colisión de principios⁶⁷, uno de los principios tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, y agrega el autor:</p>				

⁶⁵ Ob. Cit., pág. 49. Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 18059. C.P. Alier Eduardo Hernández. En esta sentencia nos dice González que en este fallo la posición es la naturaleza mixta del pliego de condiciones y la posibilidad de interponer la acción de simple nulidad para cuestionar los pliegos de condiciones.

⁶⁶ Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez. Revisión Ruth Zimmerling, págs. 86 a 90

⁶⁷ Ob. Cit., págs. 89

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>“Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que en los casos en concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como solo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.</p>		
	<p>Alexy propone un ejercicio que vamos a trasladar al caso colombiano. Se trata de la descripción de dos principios que resultan ser contradictorios, por una parte la condición que imponen unos pliegos de condiciones según la cual para poder participar en una licitación pública y obtener dos puntos, tiene que demostrar que ha nacido en la ciudad donde se surte el proceso de selección; y por otra parte, la intención de un interesado que eliminen esa condición por cuanto no nació en el lugar donde se surte el proceso. Se presenta una tensión entre la condición impuesta por la entidad estatal de proteger la industria de su ciudad y los derechos constitucionales del interesado en presentar una propuesta ante la entidad que ordenó la licitación, en donde el Estado está igualmente obligado.</p> <p>Este conflicto debe ser solucionado a través de una ponderación de los intereses opuestos. Si en esta ponderación da como resultado que los intereses del interesado en participar (y valga la redundancia) que se oponen a la inclusión de los dos puntos que protegen a los que nacieron en la ciudad que adelanta la licitación tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel de garantizar la protección de la industria local, interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención “viola el principio de proporcionalidad” y con ello el derecho fundamental del interesado en participar que es el derecho de libre competencia económica. Se ve entonces que cada uno de los principios limitan la posibilidad jurídica del cumplimiento del otro. La solución de la colisión consiste en que teniendo en cuenta las circunstancias del caso se establece entre los principios una <i>relación de precedencia condicionada</i> que consiste en que tomando en cuenta el caso se indican las <i>condiciones</i> bajo las cuales un principio precede al otro.</p> <p>“Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección” (P₁) (derecho a la igualdad o derecho a la libre competencia económica y libertad de concurrencia) y “protección de la industria local” (P₂) (interés general). “Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección” (P₁) y “protección de la industria local” (P₂) tomados en sí mismos conducen a juicios concretos de deber ser jurídico recíprocamente contradictorios: “Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección” (P₁) que equivale a estar prohibido incluir los dos puntos en los pliegos de condiciones a aquellos que hubiesen nacido en la ciudad donde se surte la licitación y “protección de la industria local” (P₂) que equivale a proteger la industria de la ciudad donde se está surtiendo la licitación pública al otorgar dos puntos privilegiando a aquellos que hubiesen nacido en el lugar donde se surte la licitación pública.</p> <p>Como símbolo para la realización de la precedencia se utilizará la palabra P. Para las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro se utilizará “C”. Hay cuatro posibilidades de decidir el caso mediante una disolución de una colisión de principios:</p> <p>(1) P₁ P P₂ (2) P₂ P P₁ (3) (P₁ P P₂) C (4) (P₂ P P₁) C</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>(1) y (2) son relaciones de precedencia incondicionadas, o relaciones abstractas o absolutas de precedencia. De acuerdo con lo señalado por Robert Alexy la justicia constitucional excluye la aceptación de esta fórmula señalando: "ninguno de estos intereses merece <i>sin más</i> la precedencia frente al otro. Esta frase vale en general - como lo dice Alexy - para las colisiones de principio de derecho constitucional y solo habría una excepción con el principio de "dignidad humana"; por lo tanto, solo quedan dos posibilidades (3) y (4) de una relación de precedencia condicionada. Y aquí se revisaría cual principio tendría precedencia y cual debe; lo que importa es "si los intereses de quien quiere presentar oferta en la licitación pública para que se eliminen los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección" tienen manifiestamente un peso esencial mayor que el del "interés general representado por quien está adelantando la licitación pública y que argumenta proteger la industria local". La ponderación consiste en las condiciones de precedencia (C) y la fundamentación de la tesis de que bajo estas condiciones P₁ precede a P₂.</p> <p>Las condiciones de precedencia de "Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección" (P₁) se basa en la formulación: Si existe peligro que no se presente un interesado a la licitación pública en caso que se mantengan los puntos, entonces no eliminar esta restricción lesiona su derecho fundamental de libre competencia económica y de paso la libertad de concurrencia o de pluralidad de oferentes.</p> <p>No se habla de pretensión, interés o derecho sino de las <i>condiciones</i>, bajo las cuales se produce la lesión de un derecho. Y cuando se produce la lesión de un derecho fundamental significa que está prohibida desde el punto de vista iusfundamental. Tal como lo afirma Alexy, "Si una acción satisface las condiciones de "C", entonces pesa sobre ella una prohibición iusfundamental". Entonces lo que fue caracterizado como "condición de precedencia" y designado con la letra "C" juega un doble papel:</p> <p>(5) ("Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección") (P₁) P "protección de la industria local" (P₂) C ("presentar propuesta en la licitación pública")</p> <p>Es decir, la pretensión de eliminar los dos puntos para quien haya nacido en la ciudad donde se surte la licitación precede a la protección de la industria local como condición para presentar oferta</p> <p>C es la condición de una relación de precedencia. La presentación de la propuesta está supeditada a la solicitud del interesado de presentar un ofrecimiento en la licitación pública, siempre y cuando se elimine la barrera de acceso al proceso que son los dos puntos que se le otorgan a quien haya nacido en la ciudad donde se surte el proceso.</p> <p>En la formulación de la regla:</p> <p>(5) Si la acción <i>a</i> cumple C, entonces pesa sobre <i>a</i> una prohibición iusconstitucional</p> <p>Y lo anterior permite formular la siguiente ley sobre la conexión de relaciones de precedencia condicionadas y reglas:</p> <p>(K) Si el principio "Eliminar los dos puntos que se otorgan a quien ha nacido en la ciudad donde se surte el proceso de selección" (P₁), bajo las circunstancias "presentar propuesta en la licitación pública C precede al principio P₂ "proteger la industria local" (P₁ P P₂), y si ("Eliminar los dos puntos en los pliegos de condiciones</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>por haber nacido en la ciudad que adelanta el proceso de selección") P; bajo las circunstancias C ("presentar propuesta en la licitación pública") resulta la consecuencia R (garantizar la pluralidad de oferentes, la concurrencia y en últimas la libre competencia económica en desarrollo del derecho a la igualdad) entonces vale una regla que contiene a C ("presentar propuesta en la licitación pública") como supuesto de hecho y a R (garantizar la pluralidad de oferentes, la concurrencia y en últimas la libre competencia económica en desarrollo del derecho a la igualdad) como consecuencia jurídica C ---- R</p> <p>Aquí se presenta otra reformulación de la regla de una manera menos técnica según Alexy:</p> <p>(K1) las condiciones bajo las cuales un principio precede a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.</p> <p>Esta ley de acuerdo al autor se llama la "ley de colisión", y refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización, en donde no existen relaciones absolutas de precedencia, y que, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.</p> <p>Para el caso planteado se supone que el no tener un interesado en participar hasta tanto no se eliminen las restricciones como es el hecho de haber nacido en la ciudad donde se surte la licitación pública, supone el deber jurídico de corregir la medida tomada en los pliegos de condiciones para permitir participar al interesado, que coloca como condición la eliminación de esa medida administrativa y que hace que su derecho de participación que se encuentra en la libre competencia económica y en el derecho a la igualdad tenga un mayor peso respecto del interés general.</p>		
1.2	<p align="center">JUICIO DE PROPORCIONALIDAD</p>		
	<p>Se deberá aplicar a las reglas de participación y a todo aquello que implique habilitación de los oferentes, la teoría que integra el Juicio de Proporcionalidad y el Test de Igualdad que viene aplicando la Corte Constitucional cuando revisa la vulneración del derecho de igualdad por parte del Congreso con la expedición de una ley. Se recomienda revisar la Sentencia T-577 del 27 de mayo de 2005, obrando como Magistrado Ponente el Doctor Humberto Sierra Porto.</p> <p>Consultando nuevamente a Robert Alexy⁶⁸ nos indica que el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad y con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho), lo cual se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, que es deducible de él. Ya nos había señalado en la definición que los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas, por lo tanto, la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas.</p> <p>Si una norma de carácter fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a esta decisión se requiere de la ponderación en el</p>		

⁶⁸ Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez. Revisión Ruth Zimmerling, pag. 111 a 113

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>sentido de la ley de colisión; por lo tanto para Alexy: "... la máxima de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental". De ahí que de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas, a contrario sensu; las máximas de necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.</p> <p>Para mostrar la máxima de "NECESIDAD"⁶⁹, se ilustrara con un ejemplo: La constelación más simple está caracterizada porque en ella entran en juego dos principios y dos sujetos jurídicos (Estado y ciudadano).</p> <p>El Estado persigue un fin F con el principio P1 – F es idéntico a P1 Existen por lo menos dos medios⁷⁰ M1 y M2, que son igualmente adecuados para promover F M2 afecta menos intensamente que M1, o no lo afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio P2.</p> <p>Bajo estos presupuestos para P1, es igual que se elija M1 o M2, P1 exige que se elija M1 en lugar de M2, o M2 en lugar de M1. En cambio para P2 no es lo mismo que se elija a M1 o M2. En tanto P2 exige un mandato de optimización tanto en lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. En lo que respecta a las posibilidades fácticas, P2 puede ser realizado en una medida mayor si se elige M2 y no M1. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de validez respecto de las posibilidades fácticas, desde el presupuesto de validez tanto de P1 como de P2, solo M2 esta permitido y M1 está prohibido.</p> <p>Luego Alexy⁷¹ señala que es posible aclarar hasta la conexión entre la posibilidad jurídica y la posibilidad fáctica y utilizando la constelación simple atrás presentada (el caso hipotético). El presupuesto es que si M1 y M2 impiden la realización de P2, y M2 lo hace en menor manera que M1, entonces M1 y M2 no agotan el ámbito de las posibilidades fácticas para la realización de P2, ni siquiera si se parte del hecho de que M1 y M2, son los únicos medios adecuados para el fin F exigido por P1. De acuerdo con el autor, desde el punto de vista de las posibilidades fácticas, es posible una mayor medida de satisfacción de P2, si no se realizan M1 y M2; la máxima de necesidad permite solo privilegiar M2 de M1, y agrega el autor: El que, en efecto, una de las dos alternativas pueda ser elegida, no es una cuestión de posibilidades fácticas, es decir, no es una cuestión de necesidad, sino una cuestión de posibilidades jurídicas, es decir, una cuestión de la ponderación entre P1 y P2 (ponderación en sentido estricto). Por ello cuando el medio también benigno afecta la realización de P2 a la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación.</p> <p>A continuación el doctrinante pasa a la deducción de la máxima de la adecuación. Si M1 no es adecuado para la promoción u obtención del fin F exigido por P1 o idéntico con P1, es igual si se utiliza M1 o no. Si bajo estas circunstancias, M1 afecta la realización de P2, entonces en lo que respecta a la optimización con relación a las posibilidades fácticas M1 está prohibido por P2.</p>		

⁶⁹ Ob. Cit. Pags. 113 y 114

⁷⁰ Medios debe entenderse como reglas

⁷¹ Ob. Cit. Pags. 114

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	EL MODELO DE REGLAS/PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY JUSTIFICACION DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD			
	<p>El modelo puro de reglas⁷² fracasa en los tres tipos de normación de derecho fundamental considerado. Agrega que se puede suponer que también es insuficiente el modelo puro de principios y propone una forma mixta o combinada, un modelo combinado que sería el modelo regla/principios, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas.</p> <p>3.1 El nivel de los principios⁷³ Señala el autor consultado que el nivel de los principios pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Ley Fundamental y un principio es relevante si puede correctamente ser presentado a favor o en contra de una decisión iusfundamental, en este caso sería valido, con lo cual habría que averiguar cuáles son los principios que valen. Y agrega: Entre los principios relevantes para la decisión iusfundamental se cuentan no solo los principios que están referidos a los derechos individuales, es decir, que confieren derechos fundamentales <i>prima facie</i>, sino también aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que, sobre todo, pueden ser utilizados como razones en contra, pero también como razones a favor de los derechos <i>prima facie</i>. El acervo básico de los principios que otorgan derechos fundamentales <i>prima facie</i> es relativamente fácil de determinar. Cada vez que una disposición de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, esta adscrito a ella, por lo menos, un principio de este tipo. Mas difícil de responder es la cuestión acerca de los principios referidos a bienes colectivos. Algunos de ellos son adscribibles, sin más, a cláusulas restrictivas cualificadas y algunas, en una interpretación institucional de las disposiciones de derechos fundamentales, hasta al supuesto de hecho de la garantía. Otros, como el principio de Estado Social y el de democracia, pueden ser adscritos, sin que esto cause problemas, a disposiciones de la Ley Fundamental que no son iusfundamentales.</p> <p>Para Alexy⁷⁴, en el mundo amplio de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Entonces nos indica que es inevitable sopesar principios contrapuesto, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.</p> <p>3.2 El nivel de las reglas⁷⁵ Dice Robert Alexy que las disposiciones de derecho fundamental pueden ser consideradas no solo como positivaciones de principios y, por lo tanto, como decisiones a favor de principios, sino también, como expresión de un intento</p>			

⁷² Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez. Revisión Ruth Zimmerling. Pags. 129

⁷³ Ob. Cit. Pags. 130 y 131

⁷⁴ Ob. Cit. Pags. 133

⁷⁵ Ob. Cit. Pags. 133 y 134

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>de establecer determinaciones frente a las exigencias de principios contrapuestos. Por una parte se postivizan principios, pero en la medida en que muestran tipos de garantías y cláusulas restrictivas diferenciadas, contienen determinaciones con respecto a las exigencias de principios contrapuestos. Sin embargo se aclara que en modo alguno posibilitan en todos los casos, una decisión libre de ponderación. Adicionalmente se agrega que las diferentes normaciones iusfundamentales muestran un muy diferente contenido de determinación y da como ejemplo la libertad de arte, frente a la inviolabilidad del domicilio.</p> <p>Luego nos indica que a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos y se estatuye con ella no solo un principio sino también una regla. En otras palabras se explica indicando que si la regla no es aplicable sin ponderación previa, entonces, en tanto regla, es incompleta, y en la medida en que es incompleta, la decisión iusfundamental presupone un recurso al nivel de los principios, con todas las inseguridades que ello implica. Hay que tener en cuenta eso si, que las reglas estatuidas por disposiciones constitucionales como los principios estatuidos por ellas son normas constitucionales.</p> <p>Por otro lado se agrega que en la medida en que se adoptan determinaciones a nivel de las reglas, se decide más que a través de la decisión por principios.</p> <p>3.3 El carácter doble de las normas de derecho fundamental⁷⁶ Indica el autor que el hecho de que a través de las disposiciones iusfundamentales se estatuyan dos tipos de normas, las reglas y los principios, se fundamenta en el doble carácter de las disposiciones iusfundamentales. Se agrega que el hecho de que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también compartan las normas iusfundamentales. Por lo general son reglas incompletas o principios. Adicionalmente se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios, y por lo tanto, sujeta a ponderación.</p> <p>Propone el siguiente ejemplo: “La disposición de derecho fundamental a la que aquí se hace referencia puede tener la forma:</p> <p>(1) El arte es libre.</p> <p>Puede suponerse, siguiendo el Tribunal Constitucional Federal que el “artículo 5 párrafo 3 LF .. (garantiza) ampliamente la libertad de las actividades en el campo de arte”. Esto significa, entre otras cosas, que, <i>prima facie</i>, está prohibida toda intervención en actividades que pertenecen al campo del arte. Vale, por lo tanto:</p> <p>(2) Están prohibidas las intervenciones del Estado en actividades que pertenecen al campo del arte.</p> <p>Si se entendiera esto como una regla completa, se obtendría un derecho ilimitado, algo que no puede ser correcto si se toma en cuenta el hecho de que hay casos en los cuales principios opuestos tiene precedencia frente a la libertad del arte. Por lo tanto, hay que añadir una cláusula restrictiva que</p>		

⁷⁶ Ob. Cit. Pags. 135 a 138

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>tome en cuenta este hecho. Si, siguiendo la formula desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal en el tomo 28, se construye una cláusula restrictiva tal, la norma obtiene la siguiente forma:</p> <p>(3) Están prohibidas las intervenciones del Estado en actividades que pertenecen al campo del arte cuando no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos de rango constitucional (que pueden referirse a derechos fundamentales de terceros o a bienes colectivos) y que, debido a las circunstancias del caso, tiene precedencia frente al principio de libertad del arte.</p> <p>La cláusula introducida exige, primero, que los principios opuestos, que pueden ser designados con "$P_2 \dots, P_n$, tengan <i>rango constitucional</i>, segundo, que la intervención sea necesaria para el cumplimiento de $P_2 \dots, P_n$, lo que incluye la <i>adecuación</i>; y, tercero que $P_2 \dots, P_n$, bajo las circunstancias del caso (C), <i>tengan precedencia</i> frente al principio de la libertad de arte, designado con P_1, es decir, que valga $(P_2 \dots, P_n \text{ P } P_1) \text{ C}$. Es claro que esta cláusula, fuera de las exigencia del rango constitucional de los principios opuestos que resulta de la falta de reserva de la garantía de la libertad de arte, no formula otra cosa que las tres partes del principio de proporcionalidad. Si designamos con "S" el cumplimiento de toda la cláusula; con "T", el que algo es una actividad que pertenece a la intervención estatal en el campo artístico y, con "R", la consecuencia jurídica que consiste en una prohibición iusfundamental de la medida en cuestión, se obtiene la siguiente forma general de una norma de derecho fundamental provista de una cláusula restrictiva:</p> <p>(4) T y no S -> R</p> <p>En dos respectos, esta norma tiene totalmente el carácter de una regla. Es aplicable sin que tenga que ser sopesada frente a otra norma, y bajo ella puede subsumirse. Aquello que cae bajo el supuesto de hecho, pero no bajo la cláusula restrictiva, esta prohibido. Pero no tiene en absoluto el carácter de regla en la medida en que en la cláusula restrictiva se hace referencia expresa a principios y su ponderación. Las normas de esta forma pueden ser llamadas "normas iusfundamentales con carácter doble". Las normas de esta forma pueden ser llamadas "normas iusfundamentales con carácter doble". Este tipo de normas iusfundamentales con carácter doble surge siempre cuando aquello que es estatuido directamente por disposiciones iusfundamentales es completado con normas susceptibles de subsunción, con la ayuda de cláusulas que hacen referencia a ponderaciones. Así, lo que es estatuido por el artículo 2 párrafo 2 frase 2 y 3 LF puede ser completado, entre otras cosas en la siguiente normas:</p> <p>(5) Están prohibidas las intervenciones del Estado en la libertad de la persona cuando no se realizan sobre la base de una ley o no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos que, debido a las circunstancias del caso, tiene precedencia frente al principio de la libertad de la persona.</p> <p>(...)"</p> <p>Intentemos trasladar el ejemplo propuesto a los procesos de selección de contratistas:</p> <p>(1) El artículo 209 de la Constitución Política Colombiana regula la función administrativa en donde esta al servicio de <i>interés general</i>. De acuerdo con la Corte Constitucional dentro de la función administrativa se encuentra la celebración de contratos</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>estatales por lo tanto, la celebración de los contratos estatales el fin es el <i>interés general</i> (Sentencia C- 400 de 1999). La regla: La causa del contrato estatal es el interés general (art. 1° y 209 C.P.)</p> <p>Puede suponerse, siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional que al celebrarse los contratos estatales para garantizar el <i>interés general</i>, en todas sus actividades relacionadas con la fase precontractual para seleccionar al contratista, en las reglas de participación está prohibida cualquier intervención que limite el ejercicio de ese <i>interés general</i>, pues como lo expresó la jurisprudencia constitucional, la entidad estatal esta obligada a exigir unos requisitos de experiencia y capacidad financiera cuando un ciudadano intento que la Corte los eliminara con la demanda de inconstitucionalidad, pues no puede arriesgarse a contratar con un oferente que no le ofrezca ciertas garantías para el cumplimiento del objeto a contratar. Es decir, toda reglamentación para definir las reglas de participación por parte de una entidad estatal en experiencia y capacidad financiera (requisitos mínimos habilitantes regulados por el artículo 5° de la ley 1150 de 2007), se justifica en virtud del <i>interés general</i> cuya regulación garantiza el futuro cumplimiento del contrato a celebrar el contrato con quien posea la experiencia y la capacidad financiera.</p> <p>Vale, por lo tanto:</p> <p>(2) Están prohibidas las intervenciones del Estado que reduzcan los requisitos de aquel que esta en mejores condiciones de garantizar el cumplimiento del contrato, pues al poseer mas experiencia y capacidad financiera se minimiza el riesgo del incumplimiento del contrato, que también es un asunto de <i>interés general</i> toda vez que el contrato estatal supone el cumplimiento de los fines estatales, y el objeto del contrato cumple con este proposito.</p> <p>Si se entendiera esto como una regla completa, se obtendría una capacidad ilimitada de definir cualquier tipo de regla de participación en experiencia o capacidad financiera, en donde entre mas alta sea la capacidad financiera, o entre mayor experiencia se exija a los proponentes, menos riesgos de incumplimiento del futuro contrato a celebrar, algo que no puede ser correcto si se toma en cuenta que pueden haber oferentes que sin tener esa mayor capacidad financiera y esa mayor experiencia, podrian eventualmente poseer una experiencia mínima y una capacidad financiera mínima suficientes, que les permita cumplir igualmente con el objeto del contrato. Por lo tanto, hay que añadir una cláusula restrictiva que tome en cuenta este hecho:</p> <p>(3) Están prohibidas aquellas intervenciones del Estado para definir las reglas de participación en experiencia y capacidad financiera cuando no son necesarias para el cumplimiento de aquellos principios opuestos de rango constitucional (como los derechos de igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución Política y libre competencia económica prevista en el artículo 333 de la Constitución Política que propician la pluralidad de oferentes) y que, debido a las circunstancias del caso, tiene precedencia frente al principio de <i>interés general</i>.</p> <p>La cláusula introducida exige, primero, que los principios opuestos, que pueden ser designados con P_2 (<i>derecho a la igualdad</i>) y P_3 (<i>derecho a la libre competencia económica</i>) tengan <i>rango constitucional</i>, segundo, que la intervención sea necesaria para el cumplimiento de P_2 (<i>derecho a la igualdad</i>) y P_3 (<i>derecho a la libre competencia económica</i>) lo que incluye la <i>adecuación</i>; y, tercero que P_2 (<i>derecho a la igualdad</i>) y P_3 (<i>derecho a la libre competencia económica</i>), bajo las circunstancias del caso (C) circunstancias que se</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>refieren al hecho que además de los perfiles que define la entidad estatal al momento de formular los pliegos de condiciones que supuestamente garantizan a quienes acrediten esta condición del cumplimiento del contrato, existan otros perfiles que igualmente pueden garantizar el cumplimiento del contrato por sus capacidades de experiencia mínima y capacidad financiera mínima y así la entidad estatal cuente con un número mayor de licitantes en el concepto de pluralidad de oferentes para seleccionar entre ellos la oferta mas conveniente; <i>tengan precedencia</i> frente al principio del <i>interés general</i>, designado con P_1, es decir, que valga P_2 (<i>derecho a la igualdad</i>) y P_3 (<i>derecho a la libre competencia económica</i>) P_1 (<i>interés general</i>) C. Es claro que esta cláusula, fuera de las exigencia del rango constitucional de los principios opuestos que resulta de la falta de reserva de la garantía del <i>interés general</i>, no formula otra cosa que las tres partes del principio de proporcionalidad. Si designamos con "S" el cumplimiento de toda la cláusula; con "T", el que algo es una actividad que pertenece a la intervención estatal en el desarrollo del <i>interés general</i> y, con "R", la consecuencia jurídica que consiste en una prohibición iusfundamental de la medida en cuestión, se obtiene la siguiente forma general de una norma de derecho fundamental provista de una cláusula restrictiva:</p> <p>(4) T (regulación de los pliegos de condiciones que garanticen el cumplimiento del contrato y así mismo permitan el mayor número de licitantes para escoger entre la pluralidad de oferentes aquel que sea mas conveniente para ejecutar el objeto contractual) y no S (establecimiento de reglas que solo puedan ser cumplidas por un único licitante en sacrificio de la pluralidad de oferentes) - > R (esta prohibido establecer reglas de participación asociadas a la experiencia y capacidad financiera que no garanticen la pluralidad de oferentes que están en igualdad de condiciones técnicas y financieras para cumplir con el objeto del contrato)</p> <p>En dos respectos, esta norma tiene totalmente el carácter de una regla. Es aplicable sin que tenga que ser sopesada frente a otra norma, y bajo ella puede subsumirse. Aquello que cae bajo el supuesto de hecho, pero no bajo la cláusula restrictiva, esta prohibido. Pero no tiene en absoluto el carácter de regla en la medida en que en la cláusula restrictiva se hace referencia expresa a principios y su ponderación. Las normas de esta forma pueden ser llamadas "normas iusfundamentales con carácter doble". Las normas de esta forma pueden ser llamadas "normas iusfundamentales con carácter doble". Este tipo de normas iusfundamentales con carácter doble surge siempre cuando aquello que es estatuido directamente por disposiciones iusfundamentales es completado con normas susceptibles de subsunción, con la ayuda de cláusulas que hacen referencia a ponderaciones:</p> <p>(5) Están prohibidas las intervenciones del Estado al momento de elaborar los pliegos de condiciones para regular los requisitos mínimos habilitantes de experiencia y capacidad financiera cuando no son necesarias para el cumplimiento del derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) y libre competencia económica (art. 333 C.P.) que, debido a las circunstancias del caso, esto es, que oferentes que cuentan con la experiencia y la capacidad financiera suficiente para cumplir con el objeto del contrato no alcanzan a cumplir con las exigencia del pliego de condiciones tiene precedencia frente al principio de <i>interés general</i>.</p>		
1.3	<p style="text-align: center;">ACCION DE TUTELA PROTECCION DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 13 C.P.)</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>Adicionalmente con el objeto de verificar cuales son los mecanismos de protección del derecho a la igualdad cuando este es vulnerado por el contenido de un pliego de condiciones se recomienda revisar las dos siguientes sentencias de tutela revisadas por la Corte Constitucional:</p> <p>SENTENCIA T-147 DEL 17 DE ABRIL DE 1996. La Corte Constitucional consideró que la Acción de Tutela era el medio judicial idóneo más eficaz para garantizar el principio de igualdad en los procesos de contratación administrativa, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable.</p> <p>SENTENCIA SU713 DEL 23 DE AGOSTO DE 2006. La Corte Constitucional consideró que la tutela se entiende como un medio judicial subsidiario por existir medios judiciales idóneos para proteger el derecho a la igualdad (acción de nulidad con solicitud de suspensión provisional) y en evento que no tengan el alcance de proteger el derecho, operaría la tutela para evitar un perjuicio irremediable</p>			
1.4	<p align="center">AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS JUDICIALES</p>			
	<p>El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998), tuvo una incidencia en el cambio jurisprudencial respecto de la acción de tutela, por cuanto el mismo artículo estableció que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Agrega la norma que la interposición de estas acciones no interrumpe el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Por lo tanto, como consideramos que los pliegos de condiciones son actos administrativos, el medio judicial idóneo para proteger el derecho a la igualdad, derecho fundamental vulnerado, es la acción de nulidad con solicitud de suspensión provisional y que en caso de no accederse, operaría como medio subsidiario para evitar un perjuicio irremediable la acción de tutela.</p> <p>Este artículo fue reemplazado por el artículo 141 del nuevo Código Contencioso Administrativo, que remite a los artículos 137 y 138 de mismo código y no se establece el plazo de los treinta días. El termino que tendría el demandante para interponer la acción de nulidad y su correspondiente suspensión provisional sería de cuatro (4) meses contados a partir de la expedición del acto, en aplicación del literal c) numeral 2° del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo).</p> <p>Para entender los medios judiciales que no permiten interponer la acción de tutela de manera directa se revisarán las siguientes sentencias que determinan la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones como acto administrativo de carácter general, la acción de nulidad simple que procede contra los pliegos de condiciones como acto administrativo de carácter general y la posibilidad de solicitar la suspensión provisional.</p> <p>En sentencia del Consejo de Estado, del 18 de Septiembre de 1997, actuando como Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, expediente 9118, se estudio la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y apoyándose en otras jurisprudencias esto fue lo que expresó:</p> <p>"En este sentido y para la procedencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 4° del artículo 44 de la mencionada ley, habrá que aceptar que ciertos actos previos a la celebración del contrato podrán demandarse, por cualquier persona, en acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A.). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta</p>			

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concurso y de adopción de pliegos de condiciones". (Subrayas fuera de texto).</p> <p>Posteriormente en Sentencia del Consejo de Estado del 19 de Julio de 2007, actuando como Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente 34.059, se pronunció sobre la suspensión provisional que recae exclusivamente sobre actos administrativos (pues se estaba solicitando se suspendiera provisionalmente un contrato). Señala la corporación que el ordenamiento jurídico garantiza la eficacia de la actividad administrativa a través de la institución de la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, en cuanto le otorga su plena eficacia y obligatoriedad. Esta regla, sin embargo, puede ser desvirtuada en sede judicial en forma definitiva por sentencia anulatoria, o de manera transitoria en aplicación de la suspensión provisional.</p> <p>Agrega que la suspensión provisional es un instituto precautorio consagrado en el artículo 238 Superior y desarrollado en el artículo 152 del C.C.A (artículo 31 del decreto 2304 de 1989), concebido para castigar los errores groseros de ilegalidad en que incurra la Administración cuando expida sus actos, siempre que aparezca a primera vista, en un proceso comparativo a doble columna, la oposición flagrante con las disposiciones que se invocan como contrariadas, exigencia que debe configurarse sin que sea menester entrar a un análisis de fondo de la situación controvertida para advertir con el solo cotejo del acto administrativo acusado con la normatividad superior que se presenta -con claridad- su trasgresión y desconocimiento.</p> <p>Finalmente, el Consejo de Estado aclara que si bien no se puede suspender el contrato por no tratarse de un acto administrativo, ello no quiere decir que no proceda la suspensión provisional contra actos administrativos contractuales. La acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A., tal y como quedó luego de la modificación que le introdujera el artículo 32 de la ley 446 de 1998, está enderezada -como ha sostenido esta Sala- a la solución, en sede judicial, de conflictos entre las partes contratantes respecto de los derechos y obligaciones derivados de un contrato estatal que provengan no sólo del contrato mismo o de su ejecución, sino también de un acto (unilateral o bilateral) que incida en el negocio jurídico. De ahí que esta acción sea la vía indicada para impugnar actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 77 de la ley 80 de 1993. Así lo tiene determinado la jurisprudencia de esta Sección al señalar que: "el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el art. 87 del C. C.A., no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, todo vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista."</p> <p>Con esta misma perspectiva la Sala no ha dudado en suspender parcialmente un pliego de condiciones como acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato, que reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero, que es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos, por lo que su naturaleza corresponde a la de un acto administrativo general. (La subraya fuera del texto).</p> <p>La suspensión provisional se encuentra consagrada en el artículo 231 del nuevo Código Contencioso Administrativo, denominado medidas cautelares.</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)</p>		
	<p>REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS</p>		
	<p>En aplicación del artículo 55 del proyecto, las Entidades Estatales pueden exigir a los oferentes requisitos relativos a: (i) habilitaciones para ejercer una actividad con el propósito de garantizar que los interesados cuentan con las autorizaciones exigidas en la normativa para cumplir el objeto del contrato; (ii) solvencia económica y financiera para acreditar la aptitud para ejecutar el contrato; y (iii) capacidad técnica y profesional para asegurar que los interesados tienen la experiencia y los recursos humanos y técnicos para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.</p> <p>Consideramos que este artículo al establecer requisitos para participar en la selección de contratistas, esta indicando que las entidades estatales están autorizadas para regular requisitos habilitantes y que deben cumplir los proponentes para ser considerada su ofertas técnica y económica. Al revisar el listado, en la ley 1150 de 2007, la experiencia era un criterio habilitante que lo deja de ser en el proyecto de derogatoria.</p>		
2	<p><u>PROHIBICIÓN DE EXIGIR CERTIFICADOS DE GESTIÓN DE CALIDAD</u></p>		
	<p>En este punto es importante resaltar que dentro de los pliegos de condiciones elaborados por las entidades estatales, se había establecido dentro de los requisitos de participación la solicitud de CERTIFICADOS DE GESTIÓN DE CALIDAD, bien como requisito habilitante o como un requisito que otorgaba puntos adicionales. El párrafo segundo del artículo 5o de la ley 1150 de 2007 expresamente señaló que las certificaciones de sistemas gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.</p> <p>COMENTARIO: Como inicialmente solo está establecida la prohibición de exigir el certificado de gestión de calidad como requisito habilitante o para asignar puntos, propusimos hasta este momento que se podían utilizar estos certificados para desempatar ofertas en el entendido que las entidades estatales deben regular en los pliegos de condiciones el desempate de ofertas, sin embargo de la lectura del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, allí no se establece la posibilidad aplicar reglas de desempate por parte de las entidades estatales sino que el decreto pasa a regular dichas reglas de desempate, y allí se indica que se debe establecer sobre factores de escogencia, por lo tanto, al estar prohibido como factor de adjudicación de puntos, queda excluido para que sirva como factor de desempate.</p>		Folio No.
3	<p><u>PROHIBICIÓN DE COBRAR LOS PLIEGOS DE CONDICIONES</u></p>		
	<p>Como una práctica recurrente dentro de las entidades estatales se había previsto dentro de los pliegos de condiciones, el cobro de dichos pliegos como un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que de no cumplirse generaba el rechazo del ofrecimiento efectuado. Esta práctica administrativa que no tenía fundamento en la ley 80 de 1993 fue prohibida expresamente por el párrafo cuarto del artículo segundo de la ley 1150 de 2007 que estableció que las entidades estatales no podrán exigir el</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones.			
4	VERIFICACIÓN DE LA AUDIENCIA DE ACLARACIONES Y DE DISCUSIÓN SOBRE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO			
	<p>Art. 4º de la ley 1150 de 2007. Art. 220 decreto 019 de 2012. La norma establece que en 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 que, con anterioridad a la presentación de ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.</p> <p>Establecer la distribución de Riesgos en el contrato. Otro aspecto que modifica el contenido de los pliegos de condiciones con la expedición de la ley 1150 se encuentra en una obligación que se le impuso a la administración en relación con la DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS, señala el artículo cuarto lo siguiente: Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación.</p> <p>ARTÍCULO 220. AUDIENCIAS. El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedará así: "4. 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 interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva.</p> <p>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.</p> <p>Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público."</p> <p>El artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 al regular las definiciones, estableció que riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato.</p> <p>Luego el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 reglamentó las audiencias en la licitación y señaló en primer lugar que la audiencia de asignación de riesgos es obligatoria y que si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos. Adicionalmente aclaró que en la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.</p> <p>COMENTARIO: Sobre este particular debemos comentar que en caso</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>que las entidades estatales no programen la audiencia de aclaraciones en el cronograma del proceso, deberán antes del inicio de plazo para presentar propuestas programar en el cronograma la audiencia de discusión de riesgos tal como lo señala el artículo 4º de la ley 1150 de 2007. Y agregamos que los riesgos que pueden ser objeto de valoración por parte de las entidades estatales se encuentran en los papeles de trabajo No. 3, 4 y 5.</p>		
	<p>PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)</p>		
	<p>GESTIÓN DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO</p>		
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo décimo del proyecto, la Gestión de Riesgos del Contrato, las entidades estatales en el Proceso de Abastecimiento deben identificar, tipificar, estimar, analizar, evaluar y asignar los riesgos previsible de la ejecución del contrato. Agrega la norma que las Entidades Estatales deben incluir este análisis en los documentos del Proceso de Contratación. Adicionalmente advierte que se autoriza a incluir cláusulas que regulen mecanismos de ajuste y revisión de precios como una forma de gestionar los riesgos previsible.</p> <p>Por otra parte indica el artículo décimo que dependiendo de la baja complejidad del contrato, cuando se reglamente la material, la Entidad Estatal no está obligada a documentar la identificación, tipificación y estimación de riesgos previsible en los documentos del Proceso de Contratación.</p> <p>Por último indica la norma que frente a la ocurrencia de riesgos no previstos o imprevisibles durante la ejecución de un contrato de ejecución sucesiva que agrava las prestaciones a cargo de una de las partes de forma que estas resultan excesivamente onerosas, se autoriza a que las partes de común acuerdo ajusten el valor de las prestaciones afectadas siempre en atención a los principios que regulan el Sistema de Compra Publica de que habla el artículo 7 del proyecto o en su defecto podrán dar por terminado el contrato.</p> <p>En todo caso concluye el artículo décimo del proyecto que si las partes no llegan a un acuerdo durante la ejecución del contrato o después de su terminación, la parte afectada puede acudir al juez para que: (i) revise las contraprestaciones mutuas; (ii) termine el contrato si a ello hubiere lugar; o (iii) defina las compensaciones a las que tiene derecho la parte afectada. En esos términos al juez le corresponde examinar las circunstancias y a solicitud de parte ordenar los reajustes en las contraprestaciones mutuas o compensaciones necesarias, con fundamento en el nuevo valor de mercado de las prestaciones agravadas.</p> <p>COMENTARIO: Nosotros consideramos que en la ley 1508 de 2012 hay un concepto asociado a la asignación de riesgos que debería recoger esta definición y es que se debe asignar el riesgo que este en mejor capacidad de poder controlarlo. Recomendaría su inclusión en este proyecto.</p>		
5	<p>PROMOCION AL DESARROLLO</p>		
	<p>Artículo 32 de la ley 1450 de 2011 (Plan de Desarrollo "Prosperidad para todos", reguló nuevamente el artículo 12 de la ley 1150 de 2007:</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>ARTÍCULO 32. PROMOCIÓN DEL DESARROLLO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:</p> <p>“Artículo 12. Promoción del desarrollo en la Contratación Pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que en desarrollo de los procesos de selección, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento.</p> <p>Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes, respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes.</p> <p>En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y, realizarse la selección de acuerdo con las modalidades de selección a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.</p> <p>De igual forma, en los pliegos de condiciones las entidades estatales, dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.</p> <p>PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.</p> <p>PARÁGRAFO 3o. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen”.</p>		
5.1	<p style="text-align: center;">REGLAMENTO DE LA PROMOCION AL DESARROLLO DE MIPYMES</p>		
	<p>En primer lugar el artículo 3º definió a la Mipyme como la micro, pequeña y mediana empresa medida de acuerdo con la ley vigente aplicable. Esta definición es importante, por cuanto superó las categorías creadas con el decreto 734 de 2012.</p> <p>De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 la Entidad Estatal se encuentra obligada o debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:</p> <p>1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y</p> <p>2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la Apertura del Proceso de Contratación.</p> <p>Por otra parte el artículo 153 ibídem señala que las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.</p> <p>COMENTARIO: Se presenta una modificación sustancial respecto de lo que proponía el decreto 734 de 2012, por cuanto inicialmente se señalaba que si solo se presentaba una mipe el proceso se abría a mipymes; o si se presentaba una mipyme el proceso se abría a cualquiera que estuviere interesado, caso en el cual se dejaba cerrada la propuesta y luego tenía que concursar en igualdad de condiciones con las que se presentarán. Con la ausencia de esta regla consideramos que se debería dar aplicación al artículo 2.2.1.1.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015 respecto de la adjudicación del único proponente, en este caso de la única mipyme que se presentó al proceso de selección limitado.</p>		
6	REGULACION REGLAMENTARIA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES		
	De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:		Folio No.
6.1	<p>La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.</p> <p>COMENTARIO: De acuerdo con la definiciones que nos trae el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del decreto 1082 de 2015, el <i>Clasificador de Bienes y Servicios</i> es el sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC.</p>		Folio No.
6.2	La modalidad del proceso de selección y su justificación.		Folio No.
6.3	<p>Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.</p> <p>COMENTARIO: Por una parte es necesario tener en consideración que para efectos de valorar la experiencia, el artículo 2.2.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 establece con respecto a la información sobre inscripción, renovación o actualización del Registro Único de Proponentes, que en los certificados de experiencia en la provisión de los bienes, otras y servicios, que si la persona jurídica que va a acreditar la experiencia no tiene más de tres años de constituida o es menor de tres años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.</p> <p>Por otra parte de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.1 del Decreto 1082 de 2015, la Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones para la contratación, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, los incentivos para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional. Este incentivo no es aplicable en los procesos para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes.</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
6.4	Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.			Folio No.
6.5	Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.			Folio No.
6.6	<p>Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.</p> <p>COMENTARIO: El numeral 5.1.7.1 del decreto 734 de 2012 que regulaba como causal de rechazo la no presentación de la garantía de seriedad en forma simultánea con la oferta, no fue replicado en el decreto 1082.</p> <p>Es necesario revisar la consecuencia de esta omisión. Esto establece el párrafo del artículo 5° de la ley 1150 de 2007: “Artículo 5°. De la selección objetiva. ... Párrafo 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”.</p> <p>En esos términos creemos que al ser la póliza de seriedad de la propuesta un documento no comparable, sería posible el requerimiento de la entidad para que subsane este documento. Si la compañía de seguros está dispuesta a amparar este riesgo después de presentada la propuesta, quedaría habilitada la propuesta, de lo contrario el proponente quedará eliminado definitivamente.</p>			Folio No.
6.7	<p>El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.</p> <p>El artículo 91 de la ley 1474 de 2011 reguló la forma de pago cuando se gire anticipo, estableciendo la obligación de constituir una fiducia por parte del contratista: ARTÍCULO 91. ANTICIPOS. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista. PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.</p> <p>COMENTARIO: Por una parte el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 reguló la contratación de patrimonios autónomos en los siguientes términos: Artículo 2.2.1.1.2.4.1 Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.</p> <p>Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.</p> <p>En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.</p> <p>En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.</p> <p>Por otra parte como la cláusula de los pliegos está estableciendo el cronograma de pagos, nos parece oportuno indicar que el artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto 1082 reguló la determinación de intereses moratorios para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° de la Ley 80 de 1993, señalando que se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. Agrega la norma que en el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.</p>		
6.8	Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.		Folio No.
6.9	Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.		Folio No.
6.10	<p>La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.</p> <p>COMENTARIO: Señala el artículo 2.2.1.2.4.1.2 del Decreto 1082 de 2015 con respecto a los acuerdos comerciales, que si un mismo proceso de contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales.</p> <p>Por su parte el artículo 150 del decreto mencionado regula el trato nacional en los siguientes términos: "Artículo 150. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia. El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.</p> <p>Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	efecto disponga Colombia CompraEficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de bienes y Servicios nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado.		
6.11	Los términos, condiciones y minuta del contrato		Folio No.
6.12	Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.		Folio No.
6.13	El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir adendas. La expedición de adendas para la licitación pública se encuentra regulada en el artículo 89 de la ley 1474 de 2011 y en los siguientes términos: ARTÍCULO 89. EXPEDICIÓN DE ADENDAS. El inciso 2o del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así: "Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales". COMENTARIO: La expedición de adendas para los procesos de selección por convocatoria pública se encuentra regulada en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082 Artículo 22.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. La Entidad Estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La Entidad Estatal debe publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación⁷⁷.		Folio No.
6.14	El Cronograma.		Folio No.
7	INTEGRACIÓN DE COMITÉ ASESOR		
	El artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 reguló las funciones del Comité evaluador indicando que la Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para		Folio No.

⁷⁷ Originalmente el parágrafo 2º del artículo 2º del decreto 2025 de 2009 que modificó el artículo 7º del decreto 2474 de 2008 había generado la siguiente precaución con respecto al concepto de "retiro de pliegos de condiciones", que como se concebía en su momento, era el pago de derechos de participación y que fue eliminado con la expedición de la ley 1150 de 2007: "**Parágrafo 2º.** Para efecto de lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones, o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007".

A partir de la expedición del decreto 734 de 2012, se aplicaría el artículo 8.1.3 que establece la presentación de otras ofertas donde se registre fecha y horas exactas y si llegó por correo de igual manera. El decreto 734 de 2012 fue derogado por el decreto 1510 de 2013 y en su artículo 25 solo previo la constancia de la fecha y hora del recibo de ofertas, eliminó la relativo al correo.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. Agrega la norma que el comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. Por su parte se señala que el carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. Por otra parte la norma establece que en el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión.</p> <p>Tal como lo señalaron anteriores normas, los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales.</p> <p>Con respecto a la verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural.</p> <p>COMENTARIO: De acuerdo al texto que regula la integración de los Comités Asesores, como está redactada la norma debemos entender que el mismo no interviene en la elaboración de los pliegos de condiciones por cuanto la norma parte de la base que se deberá ceñir a al contenido de los mismos y por otra parte en el segundo aparte del párrafo establece como función la de recomendar la decisión de la valoración de las ofertas.</p>		
8	CLAUSULAS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES		
8.1	INFORMACIÓN GENERAL		
	<p>Se revisa el acto administrativo por medio de la cual se ordenó la apertura del proceso de selección y quién lo expidió, incluyendo su naturaleza jurídica, con el fin de verificar la competencia del ordenador del gasto o de su delegado.</p> <p>El numeral 12 del artículo 9º de la ley 24 de 1992. Defensoría del Pueblo Artículo 11 de la ley 80 de 1993 Artículo 51 de la ley 179 de 1994 El numeral 1.º del art. 12 del Decreto 2652 de 1991. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El numeral 16 del art. 22 del Decreto 2699 de 1991. Fiscal General de la Nación. El numeral 2º del art. 371 de la Ley 5ª de 1992. Dirección General Administrativa Senado de la República El art. 5 de la ley 42 de 1993. Contraloría General de la Nación.</p> <p>Comentario: En nuestra experiencia como Jefe de Control Interno logramos detener la recepción de unas ofertas por cuanto el Secretario de Despacho estaba cerrando un proceso de selección y el acto de delegación no le otorgaba facultades por el monto de la licitación y por ello se recomendó que fuese directamente el ordenador del gasto el que adelantará dicho proceso. Se pudo hacer esta recomendación por cuanto en las auditorías internas ejercidas por la oficina este era uno de los puntos que se revisaban al momento de emitir el concepto de legalidad sobre la fase precontractual.</p>		Folio No. Resolución No.:
8.2	OBJETO DEL PROCESO DEL PROCESO DE SELECCIÓN		
	Numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993.		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
8.3	<p align="center">PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO</p>			
	<p>Se verifica que el pliego de condiciones indique cuál va a ser el plazo de ejecución del contrato que se llegará a suscribir una vez se adjudique el proceso de selección.</p>			Folio No.
8.4	<p align="center">CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (C.D.P.)</p>			
	<p>No. Certificado de Disponibilidad Presupuestal (C.D.P.) y valor del Presupuesto Oficial. Numeral 6° del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y art. 9° de la ley 819 de 2003. Se debe verificar que el pliego de condiciones contenga el número del certificado de disponibilidad presupuestal y quién lo expidió, por cuanto dicho dato se constituye en la garantía que la entidad tuvo los recursos suficientes para la ejecución del contrato. Igualmente se tiene que verificar que si el proyecto afecta más de una vigencia se deban tramitar vigencias futuras en los términos del artículo 9° de la ley 819 de 2003.</p>			Folio No. Presupuesto Oficial: \$ No. C.D.P.:
8.5	<p align="center">RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE</p>			
	<p>Art. 13 de la ley 80 de 1993. Art. 20 de la ley 1150 de 2007. Esta cláusula advierte a los proponentes sobre el régimen jurídico aplicable al proceso de contratación y al contrato que se adjudique en virtud del mismo, que corresponde tanto a lo previsto en el pliego de condiciones como en las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios, por cuanto de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la ley 1150 de 2007, cuando se trate de 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. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.</p> <p>COMENTARIO: La aplicación de regímenes especiales se encuentra en el artículo 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 y en los siguientes términos: “Artículo 2.2.1.2.4.4.1. <i>Régimen aplicable a los Contratos o Convenios de Cooperación Internacional.</i> 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, pueden 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 al presente decreto.</p> <p>Si el aporte de fuente nacional o internacional de un contrato o convenio de Cooperación Internacional es modificado o los aportes no se ejecutan en los términos pactados, las Entidades Estatales deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior.</p> <p>Cuando la variación de la participación de los aportes de las partes es consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el convenio o contrato de cooperación internacional, este seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.</p> <p>Los recursos generados en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales no deben ser tenidos en cuenta para determinar los porcentajes de los aportes de las partes.</p> <p>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 2° 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.</p> <p>Los contratos con personas extranjeras de derecho público se deben celebrar y ejecutar según se acuerde entre las partes".</p>			
8.6	CRONOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN			
	<p>Literal b) del Artículo 24 ley 80 de 1993.</p> <p>Se debe verificar, dentro del cronograma, que el plazo para la presentación de las ofertas sea razonable con las exigencias del pliego de condiciones para presentar la oferta, de tal manera que no se plantee un término muy corto que no le permita a los oferentes el tiempo suficiente para preparar su oferta. Un plazo muy corto es un indicio en contra del principio de transparencia, por cuando puede incidir en la vulneración del principio de concurrencia por cuanto limita la participación. Si bien dentro de las normas no se establece que los pliegos de condiciones contengan el cronograma del proceso de selección, se recomienda que se incorpore así cuando haya necesidad de prorrogar el plazo del proceso, se hace a través de la expedición de una adenda, que para la licitación pública debe ser de tres días antes del cierre del proceso y para los demás procesos un día antes del cierre del proceso.</p>			Folio No.
8.7	VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS			Folio No.
8.7.1	INTRODUCCION			
	<p>Literal b) numeral 5° del Artículo 24 ley 80 de 1993. Igualmente se debe verificar dentro del cronograma, que el plazo para la visita se verifique en primer término después de la audiencia de aclaraciones y segundo que sea programado de tal manera que los interesados tengan el tiempo suficiente para conocer el proyecto. Una programación muy cercana a la apertura de la licitación incide en la vulneración del principio de concurrencia por cuanto</p>			

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>limita la participación.</p> <p>La Procuraduría General de la Nación en su cartilla de Estudios Previos en su numeral 4° al definir los criterios de verificación y de ponderación, así como los factores de desempate que es violatorio del artículo 5° de la ley 1150 de 2007 el programar "visitas técnicas obligatorias". Para la Procuraduría es suficiente la información de los pliegos de condiciones para informarse del proceso de selección y en los estudios previos, más la experticia de los interesados con la clasificación del registro de proponentes, para que los mismos se puedan informar sobre el alcance técnico de los trabajos sin acudir a la visita requerida.</p> <p>Para cuestionar la posición de la Procuraduría, se considera en primer lugar que el artículo 5° de la ley 1150 de 2007 reguló el principio de selección objetiva y de su lectura de la norma cuando indico los criterios para evaluar las ofertas se debe entender que no son los únicos, lo cual permite una alta configuración por parte de las entidades estatales del contenido de los pliegos de condiciones en la definición de las reglas de participación y así se colige de la jurisprudencia que se relaciona.</p> <p>Para determinar el sentido de los requisitos de participación contenidos en los pliegos de condiciones y de paso desvirtuar la posición de la Procuraduría General de la Nación, se hace necesario transcribir lo señalado por el Consejo de Estado, que en Sentencia del cinco (5) de junio de 2008, actuando como Consejero Ponente el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. 8431, se pronunció sobre el contenido de los pliegos de condiciones incluyendo el alcance jurídico de la visita obligatoria al sitio de la obra. El caso evaluado por el Consejo de Estado estaba relacionado con la necesidad de determinar los alcances atribuibles a la previsión contenida en el pliego de condiciones de la licitación objeto de la demanda, en la cual se impuso a los interesados en presentar oferta la obligación de llevar a cabo una visita previa a la zona de las obras con el propósito de investigar, entre otras cosas, cuáles eran la naturaleza, la utilidad, los costos de extracción, transporte y adecuación de los materiales que resultaba posible obtener en las canteras señaladas, a tal efecto, por la Administración, de suerte que, con fundamento en la información que fruto de dicha visita se obtuviese, cada oferente estructurase la correspondiente propuesta de contrato ora aceptando la utilización de las fuentes de materiales previstas por la entidad estatal, ora planteando la posibilidad de recurrir a fuentes alternativas.</p> <p>Para responder, el Consejo de Estado abordó los siguientes temas: a) La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones; b) La naturaleza jurídica de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones; c) Los límites que debe respetar la Administración al ejercer la anotada facultad; d) Las obligaciones que a la Administración impone el principio de planeación en materia contractual, concretamente en punto a la necesaria realización de estudios previos y, finalmente, e) La juridicidad de la inclusión de previsiones, en el pliego de condiciones, de acuerdo con las cuales la obligación para el proponente de llevar a cabo una visita a la zona de las obras, antes de estructurar su oferta, exime a la Administración de la responsabilidad derivada de circunstancias que pudieron y debieron advertirse durante la etapa precontractual, como consecuencia del cumplimiento de las exigencias derivadas de la operatividad del mencionado principio de planeación.</p>			
8.7.2	<p>LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES</p>			
	<p>Con respecto al primer punto (a), sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones se ha indicado en reiterada jurisprudencia que el mismo es un</p>			

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	acto administrativo unilateral de carácter general que se proyecta en la fase precontractual y en la ejecución del contrato, tratándose de "...un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.			
8.7.3	<p style="text-align: center;">LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACULTAD ADMINISTRATIVA DE CONFIGURACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES</p>			
	<p>Luego, al estudiarse la naturaleza jurídica de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado al estudiar el decreto 222 de 1983 en concordancia con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2.007 "se limitan como no podría ser de otra manera a regular este asunto señalando apenas criterios o parámetros generales que defieren a la Administración, en cada supuesto concreto, la responsabilidad de señalar las reglas y criterios, se insiste, objetivos y razonables, que habrán de gobernar el proceso de selección del cual se trate".</p> <p>Siendo que los pliegos de condiciones tienen como objetivo cumplir el <i>interés general</i>, es de entender que dicho <i>interés general</i> no se encuentra precisado en la ley, por lo tanto, queda a <i>discreción</i> de la administración pública para que "previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional» .</p> <p>Otra postura para elegir el interés general se encuentra en la posibilidad que tiene el estado cuando el legislador le ha otorgado pautas formales, es decir, un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, donde se le otorga a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, posición que no es de recibo por el Tribunal, por cuanto la administración no es el titular de los intereses que procura sino su gestora, y ello significa que debe buscar en cada caso en concreto como lograr de mejor manera que sirva para dichos intereses atendiendo criterios objetivos y razonables de decisión⁷⁸.</p> <p>Y agrega el Consejo de Estado: "Sin embargo, en el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la Administración, a la que se encomienda la gestión de los <i>intereses generales</i>, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos <i>intereses generales</i> obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad artículo 209 de la Constitución Política. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por</p>			

⁷⁸ MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. 2007, pag. 250 y 251. Este autor nos aclara que tanto en España como en Alemania diferencian cualitativamente la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, señalando para esta última como definición la "pluralidad de soluciones justas", en tanto que para el concepto jurídico indeterminado se trata de una "unidad de respuesta correcta a los problemas jurídicos en que han de ponerse en práctica".

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas)".</p> <p>Ya en lo que respecta a los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado establece esta primera conclusión: "Lo hasta ahora expuesto deja el camino despejado a efecto de ilustrar la manera en la cual ha de operar la Administración al momento de configurar los pliegos de condiciones o el documento equivalente a los mismos dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual: en primer lugar, las normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los parámetros a los cuales ha de ceñirse la elaboración de los referidos actos administrativos los cuales luego se incorporarán, en lo pertinente, al clausulado contractual, según se explicó, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la Administración la responsabilidad de fijar las reglas y los criterios que orientarán cada proceso de selección en particular; en segundo término, la Administración ejercerá esa facultad estableciendo los mencionados reglas y criterios objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato; cual resulta evidente, esa actividad de la Administración es materialmente normativa.</p> <p>Y, en tercer término, aquello que debe hacer la Administración es subsumir procedimiento de aplicación reglada del Derecho en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos en los pliegos de condiciones por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al <i>interés general</i>, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo".</p>		
8.7.4	<p><i>LOS LÍMITES QUE DEBE RESPETAR LA ADMINISTRACIÓN AL EJERCER LA ANOTADA FACULTAD</i></p>		
	<p>Para configurar los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado se concentra en los límites que debe respetar la Administración al configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, estos se refieren a tres aspectos: el primero, la competencia del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los motivos, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre «material y jurídicamente exactos», aún cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos y, el tercero, el fin perseguido, el cual debe ser siempre de <i>interés público</i>.</p> <p>Para efectos de lo anterior se aplicará el criterio denominado proporcionalidad cuya justificación se transcribe a continuación en palabras del Consejo de Estado:</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>iii) Principio de proporcionalidad.</p> <p>El de proporcionalidad ha sido uno de los principios que mayor relevancia ha adquirido en los últimos años como herramienta y parámetro de control de la actividad de la Administración, toda vez que en la adopción de sus diversas decisiones, el órgano administrativo que debe elegir una entre varias medidas que se ofrecen como alternativas para la prosecución del fin de interés general que le encomienda la norma que le atribuye la correspondiente facultad, no podrá decantarse, inopinadamente, por cualquiera de las opciones planteadas, sino únicamente por una que resulte proporcionada.</p> <p>En torno a la proporcionalidad como límite a la actividad administrativa y como parámetro de control de la Administración Pública, basado en un análisis de la relación que debe existir entre la decisión o actividad enjuiciada y los propósitos a los cuales aquella o ésta debían apuntar, la Sala ha definido los perfiles del referido principio de la siguiente manera, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado:</p> <p>Cualquier definición del principio o, siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de la regla general de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo. Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos, claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse.</p> <p>En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada⁷⁹. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.</p> <p>Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se</p>		

⁷⁹ En el teorema de Robert Alexy en su libro La Teoría de los derechos Fundamentales, cuando se refiere a M₁, justamente tiene que ver con aquella regla que no vaya a poner en riesgo el interés general, y como él lo sostiene, tanto M₁ como M₂ deben cumplir con P₁ que para nosotros es el interés general.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija.</p>		
	<p>Para el Consejo de Estado, así se definen los subprincipios enunciados: "Y es que para superar el primer examen planteado por el subprincipio o mandato de adecuación o idoneidad, la medida debe, cuando menos, facilitar o tender a la obtención del propósito buscado, mientras que a fin de salvar el segundo propuesto por el subprincipio o mandato de necesidad o de menor lesividad, no se trata ya de valorar la idoneidad del medio elegido para alcanzar el fin de interés público propuesto, sino que lo imprescindible es que no exista otra medida más moderada al efecto".</p> <p>Para el tercer subprincipio, esto se requiere para su aplicación: "El subprincipio de proporcionalidad strictu sensu mandato de ponderación impone, por tanto, que los costos y los beneficios que se deriven de la adopción de la decisión guarden un equilibrio razonable y para establecer si ello es así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estructurado el denominado "juicio de ponderación", cuyo propósito no es otro que establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz respeta, o no, la denominada «ley de la ponderación», de conformidad con la cual cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio, derecho o interés jurídico que retrocede en el caso concreto, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de aquel principio, derecho o interés que se hace prevalecer".</p> <p>Y así el Consejo de Estado justifica la aplicación de esta sub regla: "Luego el Consejo de Estado se pone a la tarea de aplicar los anteriores principios a la confección de pliegos de condiciones tanto para el decreto 222 de 1983, como con el actual estatuto de contratación contenidos en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, concluyendo que "... todos los citados preceptos se limitan como no podría ser de otro modo a regular el tema fijando apenas criterios o parámetros generales que defieren a la Administración, en cada supuesto concreto, la responsabilidad de definir las reglas y los criterios objetivos y razonables que habrán de gobernar el proceso de selección respectivo. Sólo en algunos supuestos excepcionales, algunos de los referidos preceptos contienen mandatos que regulan o condicionan, de forma más precisa, las facultades de la Administración en esta materia". Y agrega: "Lo dicho conduce a concluir que, en principio y dado que los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración para establecer los factores de escogencia entre los ofrecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él considerare más apropiados o más convenientes para el interés general, a no ser que aquellos fijados por la Administración incurran en error manifiesto de apreciación, ... (...)".</p> <p>Para la Corporación se hace necesario esclarecer como es la incidencia de los mencionados principios en la configuración de los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Señala el Tribunal que los principios tienen claro reflejo en las exigencias que cabe formular a la Administración cuando ésta se da a la tarea de elaborar los pliegos de condiciones dentro de un procedimiento administrativo de selección, exigencias que, en lo sustancial, se refieren a las reglas que en los aludidos pliegos se establecen tanto para la presentación como para la calificación de las propuestas. De acuerdo con la entidad,</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>buena parte de las anotadas exigencias han sido positivizadas en el antes citado numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir "reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso". En ese orden de ideas, "... las reglas que de manera previa a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato han de ser reglas justas, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas objetivas en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes principio de objetividad". Y agrega: "Deben ser, así mismo, reglas claras, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas completas, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita "al estado del arte o de la ciencia" en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado".</p> <p>Ya en lo respecta al carácter enunciativo o taxativo, el Consejo de Estado es muy enfático en señalar que "... los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su ponderación precisa y detallada para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2.007 y 6 del Decreto 66 de 2008 apenas consagran algunos parámetros generales y los enuncian de manera no taxativa, lo cual se antoja plausible dado que las exigencias que resultan razonables en un supuesto específico, probablemente devendrán desproporcionadas o absurdas para otro".</p>		
8.7.5	<p><i>PRIMERA JUSTIFICACION DE LA CLAUSULA VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS</i></p>		
	<p>Finalmente, el Consejo de Estado centra su estudio en la juridicidad de la cláusula del pliego de condiciones relativa a la visita al sitio de la obra:</p> <p>e) La juridicidad de la inclusión de previsiones, en el pliego de condiciones, de acuerdo con las cuales la obligación para el proponente de llevar a cabo</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>una visita a la zona de las obras, antes de estructurar su oferta, exime a la Administración de la responsabilidad derivada de circunstancias que pudieron y debieron advertirse durante la etapa precontractual.</p> <p>Es oportuno advertir que de cara a examinar si la referida exigencia de una visita previa a la presentación de las ofertas, prevista en los pliegos de condiciones de la licitación en el asunto sub examine, pudiese tener como contraria a la Constitución o a la ley, en principio se haría necesario que el demandante hubiese formulado los cargos correspondientes, aduciendo los argumentos y aportando los elementos de prueba en su caso que condujesen a evidenciar la contradicción entre la exigencia atacada y la Norma Fundamental o el precepto legal correspondiente, pues en virtud del principio de congruencia de la sentencia con el petitum del libelo demandatorio, el contenido de éste delimita el ámbito dentro del cual el juez ha de verter su pronunciamiento al preferir aquélla.</p> <p>Sin embargo, en ocasiones anteriores la Sala no ha encontrado inconveniente alguno para poner en práctica la llamada excepción de ilegalidad o, mejor, para inaplicar previsiones contenidas en pliegos de condiciones cuando las mismas resultan manifiestamente contrarias a la Constitución Política o a la ley y la referida inaplicación deviene imprescindible con el propósito de resolver el fondo de la respectiva litis de conformidad con la normatividad tanto constitucional como legal de insoslayable puesta en acción en cada caso concreto; a ese respecto la Sala ha advertido que la plurimencionada "excepción de ilegalidad" puede hacerse operar bien a solicitud de parte, bien de forma oficiosa.</p> <p>Debe pues, la Sala, ocuparse de analizar si la citada exigencia de visitar el lugar de las obras impuesta a los proponentes en el caso sub lite, previamente a la configuración y presentación, por parte de éstos, de los correspondientes ofrecimientos, desconoce alguno de los límites que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto dentro del presente proveído, debe respetar la Administración al ejercer la facultad de confeccionar los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual.</p> <p>En el anotado orden de ideas, se hace necesario comenzar por referir los segmentos del pliego de condiciones en los cuales se prevén todos los aspectos relacionados con la referida obligación.</p> <p>Pues bien, la lectura de los apartes recién transcritos del pliego de condiciones permite constatar que de acuerdo con la estructuración del contrato efectuada por la Administración, en éste se pactaría la modalidad de precios unitarios con el propósito de calcular y pagar las cantidades de obra ejecutadas por el contratista, corriendo por cuenta de éste la obligación de establecer, con fundamento en las condiciones, exigencias y requerimientos previstos en el pliego, los referidos precios unitarios con base en los cuales habría de formular su correspondiente oferta.</p> <p>La entidad contratante, por su parte y tras haber adelantado los estudios previos del caso, indicó en los pliegos cuáles eran las fuentes de extracción de materiales, próximas a la zona de las obras, de las cuales el contratista podría extraer los insumos necesarios para la construcción de la base, de la sub-base y del pavimento de la carretera; también se señaló, en el pliego de condiciones, que el presupuesto oficial había sido calculado basándose en el plan de utilización de las fuentes de materiales señaladas por la Administración las cuales servirían, igualmente, como referencia para proyectar los costos de los consecuentes acarreos, aunque, eso sí, se dejó al proponente en libertad de señalar otras fuentes de materiales y, por consiguiente, otros costos de acarreos, con la única exigencia de efectuar las</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>correspondientes clarificaciones y ajuste en su propuesta, toda vez que el pliego mismo dejó absolutamente claro que la responsabilidad y los costos derivados de la obtención y suministro de materiales correrían a cargo del contratista.</p> <p>Es éste el contexto dentro del cual el pliego de condiciones impuso a los oferentes la carga consistente en "visitar e inspeccionar las zonas de las obras" con el fin de "investigar la disponibilidad de los materiales de construcción, mano de obra, transporte y de manera especial las fuentes de abastecimiento de materiales para su explotación y elaboración de los agregados", añadiendo que la desatención de la obligación consistente en familiarizarse debidamente con los detalles y las condiciones bajo las cuales habrían de ser ejecutados los trabajos, no sería considerada como excusa válida para efectuar posteriores reclamaciones.</p> <p>Confrontada, entonces, la aludida regulación, con el antes explicado conjunto de límites a los cuales debe ceñirse el ejercicio de la facultad de confeccionar pliegos de condiciones dentro de un procedimiento administrativo de selección de contratistas, tiénese, en primer lugar, que, en relación con los mencionados elementos reglados del acto administrativo en cuestión, no existe medio acreditativo alguno en el expediente que permita evidenciar que se ha configurado un vicio en alguno de ellos, pues el pliego en comento fue confeccionado y adoptado por entidad competente, siguiendo los procedimientos y observando las formas establecidas en la ley para tal efecto y sin que se hubiere aportado al plenario probanza alguna con la virtualidad de acreditar que a la inclusión de las anotadas previsiones en el pliego de condiciones se hubiere arribado careciendo de o falseando los motivos o hechos determinantes de su plasmación, como tampoco se alegó y menos se demostró que la cuestionada exigencia de la visita a la zona de las obras hubiera respondido a una finalidad apartada de las señaladas, por el ordenamiento jurídico, como de obligatoria prosecución para la entidad contratante, sin olvidar que la carga de la prueba de la falsa motivación o de la desviación de poder, cuando obran en el proceso judicial todos los antecedentes administrativos de la decisión cuestionada y aquellos enseñan con claridad las razones en las cuales ésta se sustentó, se insiste, dicho onus probandi, incumbe al actor.</p>		
8.7.6	<p align="center">SEGUNDA JUSTIFICACION DE LA CLAUSULA VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS</p>		
	<p>Y, en segundo lugar, desde la perspectiva de los principios generales del Derecho igualmente referidos en precedencia, similar es la conclusión a la cual debe arribarse en punto a la juridicidad de la tantas veces mencionada exigencia de visita a la zona de obras con antelación a la presentación de la propuesta, pues nada conduce a entender que la misma supone una transgresión a los enunciados límites impuestos al ejercicio de la facultad de confeccionar pliegos de condiciones o sus equivalentes, si se tiene en cuenta lo siguiente:</p> <p>(i) La exigencia en cuestión no supuso la introducción de tratamiento diferencial alguno en beneficio o en detrimento de uno o de varios de los interesados en formular ofrecimiento, toda vez que la carga de llevar a cabo la aludida visita resultaba aplicable a cualquiera de ellos, con lo cual no existió compromiso o amenaza de ningún tipo para los principios de igualdad e imparcialidad;</p> <p>(ii) La obligación de efectuar la visita de marras se desprendía de la previa fijación, por parte de la entidad contratante, en el mismo pliego de condiciones, de las fuentes de materiales y del presupuesto oficial del</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>contrato, determinaciones éstas que constituyeron el resultado de la realización tanto de los correspondientes estudios previos como de la planificación presupuestal de la obra a contratar. Adicionalmente, la prueba pericial practicada dentro del presente encuadramiento y a la cual se hará detallada referencia y análisis en apartado subsiguiente de este proveído condujo a demostrar que la Administración había acertado al designar las canteras "Susa" y "Soplo del Diablo" como las fuentes de extracción de materiales apropiadas para la ejecución del objeto contractual, no sólo por ser las únicas disponibles en el área sino en consideración a que los insumos de ellas extraíbles eso sí, con un específico tratamiento y destino cuya necesidad se hacía evidente tras una mera observación física de las canteras, según lo establecieron los peritos, resultaban acordes con las especificaciones técnicas requeridas para la ejecución de la obra.</p> <p>En consecuencia, ningún reproche cabe formular a la entidad contratante desde la perspectiva del principio de objetividad, como tampoco desde la ofrecida por el principio de planeación, como correlato de aquél en materia de contratación estatal, toda vez que la Administración desplegó todas las actividades necesarias para incorporar a la actuación los elementos de juicio relevantes a efectos de adoptar la decisión correspondiente expedir el pliego de condiciones, llevando a cabo la preparación técnica y financiera del proyecto, lo cual se vio plasmado en las previsiones consignadas en el referido pliego, de suerte tal que se planificó adecuadamente, se acertó en las decisiones técnicas relacionadas con la elección de las fuentes de materiales como lo corrobora la prueba pericial recaudada y, por tanto, se cumplió con el antes citado deber de buena administración.</p> <p>(iii) En el anterior orden de ideas, la carga impuesta en el presente caso a los oferentes en cuanto a la realización de la visita a la zona de las obras con el propósito de "familiarizarse" con la misma, de "investigar la disponibilidad de los materiales de construcción, mano de obra, transporte y de manera especial las fuentes de abastecimiento de materiales para su explotación y elaboración de los agregados", habida cuenta de la modalidad contractual elegida a precios unitarios, con la responsabilidad para el contratista de suministrar todos los materiales necesarios y de acarrearlos hasta la zona de las obras, incluyendo los costos que de estos rubros se derivaran en el ofrecimiento que habría de presentar dentro del proceso de selección, esa carga, dadas las circunstancias que rodean el presente caso, mal podría suponer la introducción de una condición abusiva, leonina o vejatoria por parte de la Administración pues, si bien se mira, habiendo ésta señalado ya y con acierto, se insiste las fuentes de materiales y el presupuesto oficial, con o sin la plurimencionada exigencia contenida en los pliegos, cualquier oferente serio y responsable debería haber efectuado las visitas que resultaren necesarias con el propósito de estructurar cabalmente su oferta, más aún cuando el objeto de las referidas visitas guarda relación con la formulación de la propuesta económica correspondiente, misma que no se entiende de qué forma, entonces, podría ser edificada.</p> <p>Cosa diversa hubiere sido que el pliego de condiciones hubiere señalado que los oferentes estarían en la obligación de visitar la zona de las obras con el propósito de identificar las fuentes de materiales utilizables, partiendo de que la Administración las desconoce, pues entonces sí la exigencia de los pliegos descargaría de forma manifiestamente desproporcionada e irrazonable en el proponente, la obligación que de realizar los estudios previos respectivos radica en cabeza de la entidad contratante. Pero como no es eso lo que ocurrió en el asunto sub examine y la Administración sí observó los lineamientos trazados por el principio de planeación, si bien se mira, la previsión en torno a la visita a la zona de las obras, en el presente caso se constituye en una exigencia razonable enderezada a garantizar la consistencia técnica y económica de las ofertas, así como la cumplida</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>ejecución del objeto contractual, con lo cual no se trata de una imposición carente de toda justificación jurídicamente atendible no infringe, por tanto, el principio de interdicción de la arbitrariedad, tampoco resulta desproporcionada es una alternativa idónea, necesaria y ponderada en aras de la consecución de la finalidad propuesta y, habida cuenta de que impone, con carácter general, una carga a los particulares, carga que se orienta a una finalidad constitucional y legalmente prevista, de superior entidad, resulta plenamente razonable.</p> <p>...</p> <p>Lo hasta ahora expuesto lleva a concluir que la previsión a la cual se ha venido haciendo referencia, contenida en el pliego de condiciones en el caso concreto sometido a examen en el presente litigio, resulta jurídicamente admisible como quiera que no comporta la trasgresión de ninguno de los límites que debe observar y acatar la Administración al ejercer la facultad de confeccionar los referidos actos administrativos que, en lo pertinente, con posterioridad habrán de mutar su naturaleza para tomarse en cláusulas contractuales.</p>			
8.7.7	COMENTARIOS FINALES			
	<p>Por lo anteriormente expuesto queda en evidencia que la inclusión de cláusulas en los pliegos de condiciones distintas a las previsiones descritas en las normas que rigen el contrato estatal como las contenidas en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, no son violatorias del ordenamiento como lo trato de hacer ver el Instructivo de la Procuraduría General de la Nación, pues entiende el Consejo de Estado en la sentencia que se referenció, que las normas que regulan los pliegos de condiciones no pueden limitar la capacidad discrecional de las entidades estatales de regular los requisitos que deben cumplir los proponentes en aras de atender el interés general, y en este caso hay un amplio margen de configuración en cabeza de dichas entidades estatales, cuyo limite se encuentra en la definición de reglas de participación que sean ostensiblemente arbitrarias e irracionales, reconocible dicha arbitrariedad e irracionalidad a simple vista. Adicionalmente queda claro conforme a la jurisprudencia analizada y en consecuencia con lo expuesto, que las normas que regulan el contenido de los pliegos de condiciones no es de carácter restrictivo, sino que dicha normas tienen una vocación enunciativa, como criterio orientador para la entidad estatal cuando confeccione el pliego, pero no limitándose a ellas, sino con la libertad de poder definir otras reglas que le permitan atender de mejor manera el interés público respecto de las previsiones en cuanto a las exigencias de quien va presentar una propuesta a la entidad estatal.</p> <p>Finalmente ya en lo que tiene que ver con la configuración de una regla asociada a la exigencia de solicitar de los proponentes una visita a la obra, para el Consejo de Estado dicha regla se ajusta al ordenamiento, obviamente revisando que dicha regla no atente contra el derecho de participación previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.</p>			
9	REGULACIÓN DE LA SOLICITUD DE ACLARACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES			
	Cláusula de aclaración de los pliegos de condiciones. Art. 89 ley 1474 de 2011. Se verifica la existencia de una cláusula que regule la resolución de las dudas y aclaraciones que presenten los interesados dentro del proceso. En este caso, cuando la entidad considere que las solicitudes que se presenten,			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>ya sea dentro del proceso en la audiencia que se programe para tal fin o por escrito durante el trámite licitatorio ameritan modificar los pliegos de condiciones, lo hará a través de adendas que comunicará a los interesados, y de manera personal a los que hayan adquirido los correspondientes pliegos de condiciones. Así mismo, dentro de la cláusula se deben expresar los medios que tendrán los interesados para presentar sus inquietudes, dudas y aclaraciones, con el fin de que sean oponibles a la entidad, la cual estará obligada a dar respuesta oportuna (plazo que se establecerá en los pliegos) en desarrollo del principio constitucional del derecho de petición que tienen los particulares con respecto a las entidades públicas, para lo cual deberá exigirse igualmente el lugar donde se pueden allegar las respuestas suministradas por la entidad. Finalmente, como una obligación de la entidad, de la respuesta que suministre deberá publicarla en la página web. Solo se podrán expedir adendas tres días antes del cierre del proceso para licitación pública en aplicación del artículo 89 de la ley 1474 de 2011, y está prohibido expedir adendas el mismo día del cierre del proceso de selección en los otros procesos distintos a la licitación pública.</p>			
10	<p align="center">DIRECCIÓN DE CORRESPONDENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL</p>			
	<p>La correspondencia de los proponentes relacionada con el proceso de selección deberá radicarse en la dirección que establezca la entidad en los pliegos de condiciones, o remitirse vía fax al número que de indique en este mismo medio, y por medios electrónicos si tiene los mecanismos para hacerlo.</p>			Folio No.
11	<p align="center">CLÁUSULA QUE GARANTICE LA CONVOCATORIA A LAS VEEDURÍAS CIUDADANAS</p>			
	<p>Verificar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 66 de la Ley 80 de 1993 que establecen que la entidad estatal podrá convocar a las veedurías ciudadanas establecidas de conformidad con la ley, para realizar el control social al proceso de contratación que se está adelantando.</p>			Folio No.
12	<p align="center">REGISTRO UNICO DE PROPONENTES</p>			
	<p>Inscripción en el registro de proponentes del registro único empresarial. Redacción sobre la fórmula para determinar capacidad residual. Solicitud de relación de contratos en ejecución. Art. 6 de la ley 1150 de 2007 modificado por el art. 221 del decreto 019 de 2012. Art. 2.2.1.1.1.5.1 Decreto 1082 de 2015.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 en las definiciones indicó que el RUP es el registro único de proponentes que llevan las cámaras de comercio y en el cual los interesados en participar en Procesos de Contratación deben estar inscritos.</p> <p>Artículo 221. DE LA VERIFICACION DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, quedará así: "Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.</p> <p>No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; 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. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.</p> <p>En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.</p> <p>6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.</p> <p>El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.</p> <p>No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.</p> <p>Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o actualización que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.</p> <p>La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento. La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita.</p> <p>6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.</p> <p>Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.</p> <p>El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.</p> <p>6.3. De la impugnación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.</p> <p>En firme la inscripción, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.</p> <p>La presentación de la demanda no suspenderá la inscripción, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro.</p> <p>Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de veinte (20) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP.</p> <p>En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilitación será permanente.</p> <p>Las mismas sanciones previstas en el inciso anterior se predicarán en el evento en que el Juez de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto de inscripción.</p> <p>La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita.</p>			
12.1	<p align="center"><i>CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN</i></p>			
	<p>El parágrafo 1° del artículo 6° de la ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 221 del decreto 019 de 2012 reguló la capacidad de contratación en los siguientes términos:</p> <p>“Parágrafo 1. Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones</p> <p>Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia</p> <p>Parágrafo 2. El reglamento señalará las condiciones de verificación de la información a que se refiere el numeral 1 del artículo 5, a cargo de cada entidad contratante, para el caso de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia.</p> <p>El reglamento señalará de manera taxativa los documentos objeto de la verificación a que se refiere el numeral 1, del artículo 6.</p> <p>El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito. Agrega la norma que para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad”.</p> <p>Para los contratos de obra pública se reguló la capacidad residual en los siguientes términos de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la ley 1682 de 2013:</p> <p>“Artículo 71. Capacidad residual de contratación pública. La capacidad residual de contratación cuando obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad del valor de los contratos en ejecución.</p> <p>La capacidad de contratación se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO).</p> <p>Para los efectos de la evaluación de los factores mencionados en el inciso anterior, por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia se podrán tener en cuenta la rentabilidad y las utilidades.</p> <p>El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la promulgación de la presente ley, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en virtud de la Ley 49 de 1904, para propender por una reglamentación equitativa en la implementación de mínimos y máximos que garanticen los derechos de los pequeños contratistas”.</p> <p>COMENTARIO: El artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define la Capacidad Residual o K de Contratación como la aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 reglamentó la capacidad residual en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios. 2. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios. 3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. <p>La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del Proceso de Contratación de acuerdo con la siguiente fórmula:</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES										
	<p>Capacidad Residual del Proceso de Contratación = Presupuesto oficial estimado — Anticipo</p> <p>Si el plazo estimado del contrato es superior a doce (12) meses, la Capacidad Residual del Proceso de Contratación equivale a la proporción lineal de doce (12) meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo cuando haya lugar.</p> <p>La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la siguiente fórmula:</p> $\text{Capacidad residual del proponente} = CO \times \left[\frac{(E + CT + CF)}{100} \right]$ <p>A cada uno de los factores se le asigna el siguiente puntaje máximo:</p> <table border="1" data-bbox="326 724 933 924"> <thead> <tr> <th>FACTOR MÁXIMO</th> <th>PUNTAJE</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Experiencia (E)</td> <td>120</td> </tr> <tr> <td>Capacidad financiera (CF)</td> <td>40</td> </tr> <tr> <td>Capacidad técnica (CT)</td> <td>40</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>200</td> </tr> </tbody> </table> <p>La Capacidad de Organización no tiene asignación de puntaje en la fórmula porque su unidad de medida es en pesos colombianos y constituye un factor multiplicador de los demás factores.</p> <p>El proponente debe acreditar una Capacidad Residual superior o igual a la Capacidad Residual establecida en los Documentos del Proceso para el Proceso de Contratación.</p> <p>Por consiguiente, la Capacidad Residual del proponente es suficiente si:</p> <p><i>Capacidad residual del proponente ≥ Capacidad residual del proceso de contratación</i></p> <p>La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución.</p> <p>Los proponentes extranjeros que de acuerdo con las normas aplicables aprueben sus estados financieros auditados con corte a 31 de diciembre en un fecha posterior al quinto día hábil del mes de abril, pueden presentar sus estados financieros a 31 de diciembre suscritos por el representante legal junto con un pre informe de auditoría en el cual el auditor o el revisor fiscal certifique que: (a) la información financiera presentada a la Entidad Estatal es la entregada al auditor o revisor fiscal para cumplir su función de auditoría; y (b) el proponente en forma regular y para ejercicios contables anteriores ha adoptado normas y principios de contabilidad generalmente aceptados para preparar su información y estados financieros. Esta disposición también es aplicable para la información que el proponente en estas condiciones debe presentar para inscribirse o renovar su inscripción en el RUP de acuerdo con el artículo 9° del Decreto 1082 de 2015. Esta información debe ser actualizada llegada la fecha máxima de actualización de acuerdo con la legislación del país de origen”.</p>	FACTOR MÁXIMO	PUNTAJE	Experiencia (E)	120	Capacidad financiera (CF)	40	Capacidad técnica (CT)	40	Total	200		
FACTOR MÁXIMO	PUNTAJE												
Experiencia (E)	120												
Capacidad financiera (CF)	40												
Capacidad técnica (CT)	40												
Total	200												

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
	En el portal www.contratos.gov.co se encuentra el documentos en pdf: Guiacapacidadresidual				
12.2	REGLAMENTO DEL REGISTRO UNICO DE PROPONENTES (Subsección 5 Decreto 1082 de 2015)				
12.2.1	INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y CANCELACIÓN DEL RUP				
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.5.1, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.</p> <p>La persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año. De lo contrario cesan los efectos del RUP. La persona inscrita en el RUP puede actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento.</p> <p>Los inscritos en el RUP pueden en cualquier momento solicitar a la Cámara</p> <p>COMENTARIO: Consideramos que esta puede ser una novedad del decreto por cuanto modifica la vigencia del registro para pasar de un año, a establecer un vencimiento fijo, el quinto día del mes de abril de cada año. Esto quiere decir que si usted se inscribió en el mes de diciembre del año inmediatamente anterior, tiene que volver a actualizar el R.U.P. en el quinto día del mes de abril del año siguiente, pues de lo contrario cesan los efectos de la información contenida en este documento. Lo anterior deja a salvo la posibilidad de renovar el registro cada vez que se considere necesario por parte del inscrito. Otro efecto de esta redacción se encuentra en el concepto de quedar el “firme” el registro, redacción que ya no trae el nuevo decreto, por lo tanto se pueden hacer modificaciones al registro que producen efectos jurídicos de manera inmediata se expida el certificado de registro de proponentes por la respectiva Cámara de Comercio.</p> <p>Sin embargo, surge la pregunta si la entidad estatal puede adjudicar un contrato si la información del registro de proponentes aún no se encuentra en firme. Para ello habrá que consultar el Código Contencioso Administrativo para establecer como regula la ejecutoria de los actos administrativos, al no establecerse el efecto en el Decreto 019 de 2012.</p> <p>El artículo 9º establece que a las autoridades les queda prohibido entre otras:</p> <p>“... 11. Ejecutar un acto que no se encuentre en firme”.</p> <p>Luego el artículo 74 del mismo Código indica que contra los actos definitivos procederán los recursos de reposición y de apelación. Y el artículo 76 ibidem indica que los recursos de reposición y apelación deberán interponerse dentro de los diez días hábiles a su expedición.</p>				Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>Por otra parte el artículo 79 del CEPACA indica que los recursos se tramitarán en el efecto suspensivo</p> <p>Finalmente el artículo 87 establece que los actos administrativos quedarán en firme entre otros criterios, desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuesto.</p> <p>De acuerdo con lo anteriormente expuesto consideramos que las entidades estatales no puede adjudicar un contrato estando vigente el plazo para que quede en firme un registro de proponentes, es decir, de diez días hábiles, por cuanto no estaría conforme al artículo 87 del CEPACA. Por el contrario si se presenta una propuesta con el registro de proponentes, sin estar en esta condición, pero logra quedar en firme hasta antes de la adjudicación del contrato, la entidad estatal en aplicación del párrafo del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, podrá habilitar al proponente, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.</p>		
12.2.2	<p align="center">INFORMACIÓN PARA INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN O ACTUALIZACIÓN.</p>		
	<p>El artículo 2.2.1.1.1.5.2 señala que el interesado debe presentar a cualquier Cámara de Comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. Agrega la norma que la Cámara de Comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:</p> <p>1. Si es una persona natural:</p> <p>a) Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel;</p> <p>b) Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel;</p> <p>c) Si la persona está obligada a llevar contabilidad, copia de la información contable del último año exigida por las normas tributarias;</p> <p>d) Certificado expedido por la persona natural o su contador, relativa al tamaño empresarial de acuerdo con la definición legal y reglamentaria.</p> <p>2. Si es una persona jurídica:</p> <p>a) Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel;</p> <p>b) Certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si la persona jurídica está obligada a tenerlo, o el auditor o contador, en el que conste que el interesado no es parte de un grupo empresarial, no ejerce control sobre otras sociedades y no hay situación de control sobre el interesado, en los términos del Código de Comercio. Si el grupo empresarial o la circunstancia de control existe, en el certificado debe constar la identificación de los miembros del grupo empresarial, la situación de control y los controlantes y controlados;</p> <p>c) Estados financieros de la sociedad y los estados financieros consolidados del grupo empresarial, cuando la norma aplicable lo exige, auditados con sus</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>notas y los siguientes anexos, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, si la persona jurídica está obligada a tenerlo, o suscritos por el representante legal y el auditor o contador si la persona jurídica no está obligada a tener revisor fiscal:</p> <p>i. Principales cuentas detalladas del balance general.</p> <p>ii. Principales cuentas del estado de pérdidas y ganancias.</p> <p>iii. Cuentas contingentes deudoras y acreedoras.</p> <p>Si el interesado no tiene antigüedad suficiente para tener estados financieros auditados a 31 de diciembre, debe inscribirse con estados financieros de corte trimestral, suscritos por el representante legal y el auditor o contador o estados financieros de apertura;</p> <p>d) Copia de los documentos adicionales exigidos por la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades sometidas a su inspección, vigilancia o control;</p> <p>e) Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes;</p> <p>f) Certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si la persona jurídica está obligada a tenerlo, o el auditor o contador, relativa al tamaño empresarial de acuerdo con la definición legal y reglamentaria.</p> <p>Las sucursales de sociedad extranjera deben presentar para registro la información contable y financiera de su casa matriz. Los estados financieros de las sociedades extranjeras deben ser presentados de conformidad con las normas aplicables en el país en el que son emitidos.</p> <p>Los proponentes que terminan su año contable en una fecha distinta al 31 de diciembre, deben actualizar la información financiera en la fecha correspondiente; sin perjuicio de la obligación de renovar el RUP de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>COMENTARIO: Se presenta una novedad con respecto a la regulación del decreto 734 de 2012, por cuanto en el anterior decreto se establecía un criterio de EXPERIENCIA PROBABLE y la acreditación de EXPERIENCIA ESPECIFICA de hasta 10 contratos. En el este régimen no se incorpora el criterio de EXPERIENCIA PROBABLE y en su defecto se deben acreditar toda la experiencia tanto de la persona natural como la persona jurídica. Por lo tanto al obrar toda la experiencia en el certificado de registro único de proponentes y al establecerse que toda la información que reporte la Cámara de Comercio no deberá ser requerida directamente por la entidad, concluimos que la experiencia solo se puede acreditar con este certificado, máxime si no hay termino para que quede en firme el certificado, con lo cual se pueden hacer aclaraciones en cualquier momento de su vigencia.</p>		
12.2.3	<p>REQUISITOS HABILITANTES</p> <p>CONTENIDOS EN EL RUP</p>		
	<p>El artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015 estableció lo siguiente sobre la determinación de los requisitos habilitantes:</p> <p>Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.1.5.3 del decreto en mención establece que las cámaras de comercio deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:</p> <p>1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.</p> <p>Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.</p> <p>2. Capacidad Jurídica – La capacidad jurídica del proponente para prestar los bienes obras, o servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales y la capacidad del representante legal de las personas jurídicas para celebrar contratos y si requiere, autorizaciones para el efecto con ocasión de los límites a la capacidad del representante legal del interesado en relación con el monto y el tipo de las obligaciones que puede adquirir a nombre del interesado.</p> <p>3. Capacidad Financiera – los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado:</p> <p>a) Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente;</p> <p>b) Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total;</p> <p>c) Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses.</p> <p>4. Capacidad Organizacional – los siguientes indicadores miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado:</p> <p>(a) Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio.</p> <p>(b) Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total.</p>		
12.2.4	<p align="center">FUNCIÓN DE VERIFICACIÓN DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO.</p>		
	<p>El artículo 2.2.1.1.1.5.4 reglamenta la función de verificación de las cámaras de comercio estableciendo que deben verificar que la información del formulario de inscripción, renovación o actualización coincida con la información contenida en los documentos enumerados en el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del decreto 1082 y proceder al registro. Agrega la norma que las cámaras de comercio pueden utilizar la información de los registros que administran para adelantar esta verificación.</p> <p>Por otra parte señala la norma que contra el registro procederá el recurso de reposición en los términos del numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, que como ya se enunció fue modificado por el artículo 221 del decreto 019 de 2012.</p> <p>El trámite de la impugnación de inscripciones en el RUP debe adelantarse de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 221 del decreto 019 de 2012.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.1.5.5 regula que La Superintendencia de Industria y Comercio autorizará el formulario de solicitud de registro en el RUP y el esquema gráfico del certificado que para el efecto le presenten las cámaras</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>de comercio.</p> <p>Por su parte el artículo 2.2.1.1.1.5.6 señala que el certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 10 del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP.</p> <p>COMENTARIO: Como ya lo habíamos advertido no encontramos en el decreto reglamentario el concepto de “en firme” que contenía el decreto 734 de 2012, por lo tanto consideramos que hasta tanto la Cámara de Comercio no declare no ajustada a derecho la inscripción o la renovación del registro, dicha información es oponible a las entidades estatales cuando se haga valer en un proceso de selección de aquellos que exigen registro de proponentes.</p>			
12.2.5	<p>INFORMACIÓN DE MULTAS, SANCIONES, INHABILIDADES Y ACTIVIDAD CONTRACTUAL.</p>			
	<p>De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.1.5.7, las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que haya suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007 (modificado por el artículo 221 del decreto 019 de 2012). Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma.</p> <p>Las cámaras de comercio deben tener un mecanismo de interoperabilidad con el Secop para el registro de la información de que trata el presente artículo.</p>			Folio No.
	<p>PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)</p>			
	<p>DIRECTORIO DE PROVEEDORES</p>			
	<p>El artículo 30 del proyecto reguló una institución nueva llamada Directorio de Proveedores que establece como requisito para acceder a la compra pública abierta y en línea de que trata el artículo 13 del proyecto. Agrega la norma que el Directorio de Proveedores será administrado por Colombia Compra Eficiente y es de carácter gratuito, y la información será pública, con excepciones que la misma ley establezca. Finaliza la norma lo siguiente respecto de las obligaciones para las entidades estatales que surgen de este</p>			

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>directorio: "Las Entidades Estatales deben adelantar las actividades necesarias para la interoperación de las bases de datos públicas, particularmente del Directorio de Proveedores con las bases de datos en materias de impuestos, vigilancia y control de sociedades y asuntos presupuestales".</p> <p>Señala el artículo 31 del proyecto que bajo el principio de buena fe, se entiende que la información que se registra en el Directorio de Proveedores se presume cierta, sin embargo si Colombia Compra Eficiente encuentra inconsistencias en la información con ocasión de la revisión que haga de la información, notificará al proveedor a través del SECOP de la inconsistencia, en esos términos, el proveedor debe corregir la inconsistencia en un término no mayor a 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación. Finaliza el artículo 31 que el proveedor estará suspendido del Directorio de Proveedores a partir del aviso y hasta que Colombia Compra Eficiente verifique la corrección de la inconsistencia.</p> <p>Continúa la norma de control del Directorio de Proveedores que vencido el plazo de 10 días que tiene el proveedor para corregir la inconsistencia, Colombia Compra Eficiente en un plazo no mayor a 10 días hábiles debe verificar que la corrección haya sido efectuada. Si la inconsistencia en la información registrada no fue corregida en el plazo establecido para el efecto, el proveedor continuará suspendido del Directorio de Proveedores.</p> <p>Autoriza la norma que Colombia Compra Eficiente podrá imponer las siguientes sanciones, sin perjuicio de las investigaciones adicionales a las que haya lugar:</p> <p>(a) Una multa de un salario mínimo legal mensual vigente por el registro de información inconsistente derivada de contratos que acreditan experiencia para el proveedor.</p> <p>(b) Una multa de un salario mínimo legal mensual vigente por el registro de información financiera inconsistente con la información entregada por el proveedor a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Economía Solidaria, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales o a cualquier otra autoridad pública de supervisión y control.</p> <p>(c) Una multa de un salario mínimo legal mensual vigente por el registro incompleto del nombre y la identificación de los representantes legales, miembros de juntas directivas o su equivalente, de los socios de las sociedades de personas y de las sociedades anónimas que no son abiertas y de los revisores fiscales.</p> <p>(d) Una multa de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y la suspensión del proveedor del Directorio de Proveedores por tres (3) meses a partir de la corrección de la inconsistencia cuando en un año calendario el proveedor registra más de una inconsistencia.</p> <p>Aclara la norma que los errores de digitación de los nombres propios no son considerados inconsistencias.</p> <p>Por otra parte, continua la norma señalando que si en un Proceso de Contratación, la Entidad Estatal encuentra información inconsistente en el Directorio de Proveedores al revisar las condiciones acreditadas por el</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>oferente, debe avisar de inmediato al proveedor para que en un término prudencial corrija la inconsistencia, buscando minimizar el impacto negativo en el cronograma del Proceso de Abastecimiento y debe informar a Colombia Compra Eficiente de la inconsistencia. Si el proveedor no corrige la inconsistencia en el término fijado, la Entidad Estatal debe decidir si la inconsistencia afecta la selección y tratar la oferta en consecuencia. Si la Entidad Estatal no tuvo en cuenta la oferta con ocasión de la inconsistencia, Colombia Compra Eficiente debe tratar esta inconsistencia de acuerdo con lo establecido con el sistema de control establecido en el artículo 31 del proyecto.</p> <p>Finalmente el Directorio de Proveedores genera la obligación de inscribir las decisiones administrativas y judiciales, de tal manera que las Entidades Estatales deben inscribir en el Directorio de Proveedores: (i) los actos administrativos en firme en los cuales es declarada la caducidad; (ii) las decisiones administrativas y judiciales en firme a las que hacen referencia las prohibiciones establecidas en esta ley de las cuales tengan conocimiento; y (iii) las decisiones administrativas en firme de las asociaciones de profesionales de las cuales tengan conocimiento. Igualmente Colombia Compra Eficiente debe inscribir las sanciones que imponga de acuerdo con el artículo 31 del proyecto (art. 32 del proyecto).</p> <p>Particularmente el artículo 32 del proyecto señala que la inscripción de estas decisiones en el Directorio de Proveedores no está sujeta a recurso alguno, y finaliza que las Entidades Estatales que registran decisiones en Directorio de Proveedores son responsables de la veracidad, oportunidad y completitud de la información que registran.</p> <p>Consideramos que con la consagración del Directorio de Proveedores se acaba una institución que nació en 1993 y que no dio los resultados esperados, como es el Registro Único de Proponentes. Son instituciones muy diferentes, pues mientras el primero era administrado por un particular ejerciendo funciones públicas y cuyo registro suponía un acto administrativo, este Directorio de Proveedores no parece generar esta manifestación, y si lo fuera no hay recursos contra el mismo. Conserva el mecanismo de recoger las decisiones administrativas sobre sanciones contractuales, pero lo que es importante, es establecer que para poder presentar oferta los particulares deben inscribir toda su información financiera, de experiencia y organizacional.</p>		
13	<p align="center">CLÁUSULA QUE CONTENGA LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.</p>		
	<p>Literal b) del numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Se debe verificar que con las especificaciones técnicas no se está protegiendo un solo proponente o una sola marca, sino que las mismas por el contrario permitan la participación de todos aquellos que pueden ofrecer el producto en el mercado, lo anterior para que no se convierta en una herramienta para restringir la participación que vulnere la libertad de concurrencia y por ende el principio de transparencia, entendido este último como la negación de participación de oferentes que estarían en condiciones de cumplir con el objeto a contratar, pero que debido a la exigencia de las especificaciones técnicas no pueden cumplir con los requisitos de participación exigidos en los pliegos de condiciones.</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
14	<p style="text-align: center;">CLÁUSULA QUE CONTENGA LA ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA DEL PERSONAL MÍNIMO PROPUESTO PARA EL CONTRATO CUANDO A ELLO HAYA LUGAR.</p>			
	<p>Literal b) del numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Art. 5 de la ley 1150 de 2007. Art. 6 de la ley 1150 de 2007 modificada por el art. 221 del decreto 019 de 2012</p> <p>De conformidad con lo previsto en el art. 5° de la ley 1150 de 2007, a partir de su vigencia, 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.</p> <p>Si entendemos que la organización de los proponentes no forma parte de la evaluación de la experiencia del personal mínimo propuesto, ello querría indicar que se podría establecer una ponderación en puntos para la acreditación de esta experiencia, en donde se establezca reglas que asignen puntos dependiendo de los perfiles que requiera el proyecto. Lo anterior requiere que la entidad defina como se debe acreditar la experiencia del personal propuesto, para lo cual deberá establecer en los pliegos de condiciones los documentos para soportar la experiencia tales como certificaciones laborales, copias de títulos de pregrado y postgrados y cuando se obtengan en el exterior que estén debidamente homologados de acuerdo con la legislación colombiana sobre la materia.</p> <p>Se debe verificar que la experiencia exigida para el personal mínimo tenga por objetivo proteger el interés general, pero que no se convierta en una herramienta para restringir la participación que vulnere el principio de concurrencia, entendido este último como la negación de participación de oferentes que estarían en condiciones de cumplir con el objeto a contratar, pero que son tan altas las exigencias para los profesionales que van a participar en el proyecto, que no pueden cumplir con los requisitos de participación exigidos en los pliegos de condiciones.</p>			Folio No.
15	<p style="text-align: center;">CLÁUSULA DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS ALTERNATIVAS</p>			
	<p>Para garantizar lo establecido en numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se recomienda la verificación de una cláusula en donde se estipule que los proponentes pueden presentar propuestas alternativas técnicas y económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación. Adicionalmente se recomienda regular el mecanismo para considerar la propuesta alternativa. Una manera es que sólo sean consideradas las propuestas alternativas del proponente que en la evaluación de las propuestas básicas haya quedado en el primer lugar en el orden de elegibilidad, quedando a discreción de la entidad estatal el análisis sobre la conveniencia de considerar las alternativas técnicas presentadas por el proponente ganador. Como regla para el estudio de la propuesta alternativa, la misma en ningún caso podrá exceder el valor del presupuesto oficial</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
	<p>establecido en los pliegos de condiciones.</p> <p>El Consejo de Estado en Sentencia del 14 de septiembre de 2000, C. P.: María Elena Giraldo Gómez, exp. 12.962; resolvió sobre el rechazo de una oferta que la entidad había considerado condicionante de los ofrecimientos hechos, en contradicción con el proponente y demandante que la había considerado alternativa. En primer lugar, el demandante considera que la causal de rechazo por condicionamientos de la oferta no se encontraba regulada en los pliegos de condiciones, a lo que responde el Consejo de Estado que dicha causal así no se encuentre en los pliegos es de obligatoria aplicación, pues se encuentra en la ley. Continúa el Consejo de Estado señalando que en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 se consagra la posibilidad de presentar alternativas técnicas pero sin que ello implique condicionamiento de la oferta para la adjudicación, norma que es aplicable al proceso de selección así no se haya incluido dentro de los pliegos de condiciones.</p>				
16	<p>DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA</p>				
	<p>Es un elemento que permite dar claridad a los proponentes para la presentación de sus ofertas, se considera conveniente describir los documentos que deben integrar la propuesta, estableciéndose que la omisión de aquellos necesarios para la comparación de las propuestas impedirá tenerla en cuenta para su evaluación y posterior adjudicación, de conformidad con el párrafo primero del art. 5° de la ley 1150 de 2007, según el cual la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de ofertas no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.</p>				Folio No.
16.1	<p>CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA.</p>				
	<p>Por lo general se utiliza un formato para que el proponente presente su oferta mediante la suscripción de la misma, tanto en cuanto persona natural como en cuanto persona jurídica, consorcio o unión temporal, o cualquiera de las modalidades para presentar oferta. En la carta de presentación de la oferta se puede establecer una cláusula general donde se declare bajo la gravedad del juramento que no se encuentra incurso dentro de las causales de incompatibilidad e inhabilidad previstas en la legislación colombiana. Adicionalmente, cuando se trate de la contratación de obras públicas o cualquier otro contrato que implique el ejercicio de la ingeniería, se requerirá que quien suscriba la carta de presentación acredite la calidad de ingeniero o si no lo es, la misma carta deberá estar avalada por un ingeniero en aplicación de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003.</p>				Folio No.
16.2	<p>DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DE CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL CUANDO A ELLO HAYA LUGAR</p>				
	<p>Art. 7° Ley 80 de 1993. Cuando la propuesta se presente en cualquiera de estas modalidades de asociación, el proponente deberá presentar el documento idóneo, ajustado a las exigencias del artículo 7° de la Ley 80 de 1993; y en algunas oportunidades las entidades estatales presentan formatos que son llenados por los proponentes cuando se presentan bajo esta modalidad.</p>				Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
16.3	<p align="center">ACREDITACIÓN DE EXISTENCIA DE PERSONA NATURAL O JURÍDICA.</p>		
	<p>Artículo 6° de la ley 80 de 1993. Parágrafo primero del art. 5° de la ley 1150 de 2007.</p> <p>Para el caso de las personas naturales se debe exigir fotocopia del documento de identidad para acreditar su capacidad jurídica; es decir, que es una persona mayor de 18 años y que dicha persona natural no se encuentra inhabilitada para contratar con el estado por asuntos disciplinarios (destitución) o penales; por lo tanto, se requiere que se anexe el Certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación y el pasado judicial expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.</p> <p>Con respecto al certificado de antecedentes penales se hace necesario revisar lo previsto en los artículos 93 y siguientes del decreto 019 de 2012 (decreto anti trámites) quien suprimió el documento certificado judicial.</p> <p>Son inhábiles para contratar con el estado las personas que por sentencia judicial hayan sido condenado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionado con destitución (literal d) artículo 8° ley 80 de 1993).</p> <p>En concepto No. 8628 del 3 de junio de 2005 del Ministerio de Protección Social se indica que el plazo no es determinante para solicitar la afiliación de salud y pensiones y el valor del contrato u orden de servicios es el concepto para su cotización (art. 3.º Dcto 510 de 2003), ni menor a uno ni superior a 25 salarios, y donde la base será de 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada (art. 23 Dcto 1703 de 2002).</p> <p>Para las personas jurídicas el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio para personas jurídicas.</p> <p>Si el proponente es una persona jurídica nacional o extranjera con domicilio en Colombia, deberá comprobar su existencia y representación legal mediante certificado expedido dentro de los 30 días calendario anteriores al cierre del proceso de selección, por la Cámara de Comercio correspondiente.</p> <p>Cuando se trate de personas jurídicas extranjeras, que no tengan establecida sucursal en Colombia, deberán comprobar su existencia y representación legal de conformidad con las normas de su país de origen, y cumpliendo con todos los requisitos de constitución de documentos expedidos en el exterior (consularización y registro en el Ministerio de Relaciones Exteriores).</p> <p>En la vigencia del artículo 22 de la ley 80 de 1993 deberían acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para presentar oferta y celebrar el contrato, así como para representarlas judicial y extrajudicialmente. El artículo 6° de la ley 1150 de 2007 guardó silencio sobre este requerimiento. En tanto que el artículo 50 del decreto 019 de 2012, por el contrario señaló expresamente que solo se requería apoderado en Colombia para trámites judiciales.</p> <p>Por obligación legal la duración de la persona jurídica no puede ser inferior al plazo establecido para el contrato y 1 año más, contados a partir de la fecha de cierre del proceso de selección.</p> <p>Si el representante legal de la persona jurídica tiene restricciones para contraer obligaciones en nombre de la misma, deberá adjuntarse el</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>documento de autorización expresa del órgano competente. Las personas jurídicas miembros de consorcios y uniones temporales deben comprobar su existencia y representación mediante certificado expedido por la cámara de comercio correspondiente.</p> <p>Igualmente con respecto a las personas naturales y jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia, el decreto 019 de 2012 (decreto anti trámites) expidió la siguiente normatividad que tiene que ser considerada por las entidades estatales al momento de suscribir contratos con estas: ARTÍCULO 52. APOSTILLAJE. A más tardar el primero de julio de 2012, los tramites de apostillaje, dentro del territorio nacional y en el extranjero, se podrán solicitar mediante el uso de correo postal, sin que se requiera la presentación personal del solicitante. El Gobierno Nacional reglamentara el procedimiento y el uso de medios electrónicos.</p> <p>COMENTARIO: Señalaba el último inciso del artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, que en ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Esta norma no fue regulada en el decreto 1082 de 2015, por lo tanto consideramos que al no existir la restricción normativa de prohibir subsanar la capacidad legal, con la aplicación del principio general contenido en el párrafo del artículo 5º de la ley 1150 de 2007.</p>		
16.4	<p><i>PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA.</i></p>		
	<p>De conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 que regula la garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta, señala que la garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses. 2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas. 3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario. 4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato. <p>Por su parte el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del decreto en mención regula la suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta y establece que la garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.</p> <p>Agrega la norma que el valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) smmlv.</p> <p>El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.</p> <p>Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv se aplicarán las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor 		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
	<p>de la oferta.</p> <p>2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.</p> <p>3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta.</p> <p>Establece el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 que en caso de siniestro por incumplimiento de la seriedad de la oferta la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción.</p> <p>COMENTARIO: Este artículo difiere de lo previsto originalmente en el párrafo 2 del artículo 5.2.1.1.6 el decreto 734 de 2012, por cuanto allí se establecía una liquidación de los perjuicios como límite del valor asegurado, cuando la norma actual exige el cobro total del valor asegurado.</p>				
16.5	DOCUMENTO PARA ACREDITAR LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.				
	En algunos pliegos de condiciones se exige cuando se van a suministrar materiales, catálogos u otros documentos de carácter técnico.				Folio No.
16.6	DOCUMENTO PARA ACREDITAR EXPERIENCIA DEL PERSONAL MÍNIMO PROPUESTO PARA EL CONTRATO CUANDO A ELLO HAYA LUGAR.				
	La experiencia del personal se acredita con la presentación de la hoja de vida que además debe contener si así lo exige la entidad estatal, los soportes de la misma tales como copia de los diplomas de profesional y de las especializaciones, maestrías o doctorados; y adicionalmente copia de las certificaciones laborales o de prestación de servicios que acrediten la experiencia laboral.				Folio No.
17	CLÁUSULA DE EVALUACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA				
	<p>En los pliegos de condiciones se deben establecer formulas matemáticas o aritméticas para evaluar la oferta económica</p> <p>Como ejemplo podemos aprovechar un ensayo elaborado por un estudiante de la especialización de contratación estatal de la Universidad de la Sabana que abordó la materia⁸⁰:</p>				Folio No.

⁸⁰ Peñuela Marquez, Jackeline Andrea. Análisis de las fórmulas matemáticas de ponderación de las propuestas económicas utilizadas en las licitaciones públicas para contratos de obra en búsqueda de aquellas que favorezcan la selección objetiva del contratista. Ensayo jurídico para optar por el título de Especialista en Contratación Estatal. Universidad de la Sabana. http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3387/1/Jackeline_Andrea_Marquez_Pe_uela.pdf. Consulta efectuada el día 10 de agosto de 2013)

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>MEDIA GEOMETRICA Explica la estudiante que para calcular la formula se introducen los diferentes valores de las propuestas y se saca la raiz cuadrada determinada por el numero de propuestas y en algunos casos se incluye dentro de la formula el presupuesto oficial. Luego dependiendo de la ubicación de cada propuesta frente al resultado obtenido se le asignan determinados puntos. El criterio de favorabilidad se determina por la propuesta que se encuentre más cerca de la media geométrica ya sea por encima o en algunos casos por debajo, o en valor absoluto. Dependiendo el criterio que asuma la entidad estatal, los resultados pueden ser diversos.</p> <p>MEDIA ARITMETICA Explica la estudiante que se trata de la llamada también promedio o simplemente media, y de un conjunto finito de números es igual a la suma de todos los valores dividida entre el numeral de sumandos. Se suman todas las propuestas hábiles y se divide este valor entre el número de ellas. La propuesta con mayor puntaje corresponde a aquella que tenga una menor diferencia con la media aritmética ya sea por encima, por debajo o en valor absoluto. En algunas ocasiones se incluye el presupuesto oficial como uno de los valores utilizados para calcular la media aritmética.</p>			
18	<p align="center">CLÁUSULA DE RELACION DE IMPUESTOS NACIONALES O TERRITORIALES</p>			
	<p>Cláusula que establezca la relación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales a cargo del contratista EJEMPLO: MUNICIPIO DE HONDA / CONTRATO DE OBRA RETENCION EN LA FUENTE: 11% IMPUESTO ESTAMPILLA PROCULTURA 2% IMPUESTO ESTAMPILLA PROANCIANO 4% CONTRIBUCION ESPECIAL 5% IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 5X1000 SOBRETASA BOMBERIL 5% AVISOS Y TABLEROS 15% 35% DE IMPUESTOS MAS EL 5 X 1000 DE INDUSTRIA Y COMERCIO (1% APROX): 36%</p>			Folio No.
19	<p align="center">CLAUSULA RELACIONADA CON LA GARANTÍA ÚNICA</p>			
19.1	<p align="center">GENERALIDADES DE LA GARANTÍA ÚNICA</p>			
	<p>Consultando la doctrina⁸¹ los expertos en seguros no coinciden en que la garantía única se trate de un seguro de fianza, pues le cuestionan el carácter de seguro y en tanto que otros establecen que las garantías otorgadas mediante pólizas son seguros de crédito o de responsabilidad civil contractual. De otro lado, hay otros que afirman que se trata de una fianza y no lo entienden como un seguro, y finalmente otros sostienen que se trata de</p>			

⁸¹ HERNANDO GALINDO CUBIDES. *El seguro de fianza. Garantía única*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 48 a 63.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>un seguro de cumplimiento.</p> <p>Quienes sostienen que se trata de un seguro de fianza (entre ellos el autor consultado) afirman lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda póliza que emite la aseguradora para garantizar obligaciones a cargo de un tercero, reúne los elementos esenciales del contrato de seguro: el interés asegurable, el riesgo, el precio y la obligación condicional. 2. El seguro de fianza no lo pueden otorgar sino aseguradoras debidamente autorizadas, porque las personas, entidades o empresas, distintas a compañías de seguros que sirvan como fiadoras, sólo estarían celebrando un contrato de fianza que para nada queda sujeto a la normatividad aseguradora. 3. En cuanto a la distribución de riesgos, como el coaseguro y reaseguro, dichos conceptos sólo se pueden aplicar a la institución del seguro y no a otro tipo de afianzamiento. 4. La actividad aseguradora está controlada por la Superintendencia Bancaria (Financiera). <p>Quienes se oponen a que se trata de un seguro de fianza, señalan que el contrato de seguro está específicamente regulado y no tiene por qué participar de las normas de fianza del Código Civil y se apoyan en decir que por ejemplo, siendo seguro tiene plena operancia la terminación automática por mora en el pago de la prima, le es aplicable la revocación unilateral por esta misma razón; que la fianza es una obligación y no un contrato y que el seguro de fianza es accesorio o no un contrato principal.</p> <p>Con respecto al argumento de que la mora en el pago de la prima revoca el contrato de seguro, de acuerdo con el autor, como el seguro de fianza se nutre de la normatividad de la fianza, entonces allí prevalece el artículo 2406 del Código Civil cuando lo autorice el acreedor y así lo entendió la Ley 80 de 1993 cuando en el numeral 19 del artículo 25 consagró que la garantía única permanecerá vigente hasta la liquidación del contrato y las pólizas no expirarán por falta de pago de la prima o revocatoria unilateral.</p> <p>Respecto de la revocabilidad unilateral, para el autor tampoco tiene aplicación en los seguros de fianza por las mismas razones que para la terminación del contrato por mora en el pago de la prima y se concretan en cuanto a que el fiador responde por el cumplimiento de una obligación ajena y no puede por decisión propia, revocar el compromiso cuando así lo quiera, y menos cuando hay una reglamentación contenida en la Ley 80 de 1993.</p> <p>Por otra parte, la fianza es calificada como un contrato accesorio pues depende necesariamente de otro y es por ello que una de las causales de extinción de la fianza es la terminación del contrato principal en todo o en parte. Que la fianza sea un contrato accesorio y ello lo diferencia del contrato de seguro que es un contrato principal, pero este contrato pierde con condición de contrato principal, cuando tiene por objeto amparar o garantizar el cumplimiento de cualquier obligación.</p> <p>La Corte Constitucional⁸² estudió la constitucionalidad de los incisos 2.º y 4.º numeral 19 artículo 25 de la Ley 80 (que reguló inicialmente la garantía única), los cuales fueron demandados por violación al principio de igualdad de la ley, al crear un privilegio a los bancos y compañías de seguros para expedir la garantía única. En criterio de la Corporación, el legislador está autorizado por la Constitución para calificar la idoneidad de quienes tienen a su cargo la protección de los intereses colectivos, y que para el caso en</p>		

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 18 de abril de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>particular son entidades idóneas para garantizar el cumplimiento de las propuestas presentadas por los proponentes y las obligaciones de los contratistas cuando se les ha adjudicado un contrato.</p> <p>En primer lugar, la actividad contractual requiere de la previsión, y por ello es necesaria la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que se puedan hacer efectivas sin tener que acudir a la jurisdicción, pues se espera que el garante resarza los perjuicios que genere el eventual incumplimiento del contratista y que pueda afectar la economía del contrato. Es por ello que el régimen de garantías se constituye en un medio de protección de los intereses estatales, pues la garantía se convierte en un instrumento que le permite a la entidad estatal asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.</p> <p>Con respecto del privilegio creado supuestamente por la ley, la Corte considera que el desarrollo de la igualdad no se puede entender como una imposición al legislador para que le asigne a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, pues "no todas ellas se encuentran colocadas dentro de situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones personales. En tal virtud, admite la generalidad de la doctrina que el legislador no puede estar sometido a la exigencia –a fin de no desconocer el principio de igualdad– de tratar a todos de la misma manera o reconocer que todos son iguales por todos los aspectos". En últimas, toda desigualdad no implica necesariamente discriminación, es decir, no se viola la igualdad si está plenamente justificada objetiva y razonablemente la desigualdad.</p> <p>En concreto, con respecto a la demanda de inconstitucionalidad por presunta violación del principio de igualdad, la Corte entra a considerar que quien va a garantizar el cubrimiento de los perjuicios por la ocurrencia del riesgo como consecuencia del incumplimiento del contratista –es decir el garante– tiene que ser alguien que tenga solvencia económica e idoneidad, y que son condiciones "que no puede ofrecer cualquier persona y ni siquiera el propio contratista porque resultaría imprevisible y carente de toda técnica en el manejo de riesgos admitir que el eventual asegurado garantice el reconocimiento del daño con ocasión del siniestro". Por lo tanto concluye la Corte que, "[...] cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquel tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y, además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la superintendencia bancaria".</p> <p>El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 que consagraba la obligación por parte de los contratistas de constituir garantía única para efectos de proteger las distintas eventualidades que se pueden presentar en la ejecución de un contrato (cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales, calidad de los bienes y estabilidad de las obras, buen manejo del anticipo, responsabilidad civil extracontractual, etc.), fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, al regular dicha garantía en el artículo 7.º. Esto fue lo que señaló el artículo 7.º de la Ley 1150 de 2007:</p> <p>Artículo 7.º. <i>De las garantías en la contratación.</i> Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.</p> <p>Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>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.</p> <p><i>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.</i></p> <p>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.</p> <p>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.</p>		
19.2	<p>LA GARANTÍA UNICA EN EL DECRETO REGLAMENTARIO</p>		
	<p>Establece el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015 respecto de los riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación, que el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii) los contratos y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley, y del presente decreto.</p> <p>Agrega el artículo 2.2.1.2.3.1.2 ibidem, que las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Contrato de seguro contenido en una póliza. 2. Patrimonio autónomo. 3. Garantía Bancaria. <p>COMENTARIO: Con respecto al decreto 734 de 2012 se eliminan como instituciones para generar garantía única del contrato estatal los siguientes: Endoso en garantía de títulos valores Depósito de dinero en garantía</p> <p>Por su parte establece el artículo 2.2.1.2.3.1.3 respecto de la indivisibilidad de la garantía, que la misma en su cobertura del Riesgo es indivisible, pero advierte que en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato. Por lo tanto la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso 		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>de las Asociaciones Público-Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.</p> <p>2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente decreto.</p> <p>3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, si no lo hiciera se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.</p> <p>Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente.</p> <p>Por otra parte en el artículo 12.2.1.2.3.1.4 ibídem se regula lo concerniente a la constitución de la garantía única del oferente plural señalando que cuando la oferta es presentada por un proponente plural, como Unión Temporal, Consorcio o promesa de sociedad futura, la garantía debe ser otorgada por todos sus integrantes, previsión normativa que no se encontraba en anteriores reglamentaciones, aunque las entidades estatales vía pliegos de condiciones, siempre dejaron esta redacción que hoy propone el decreto reglamentario.</p> <p>Con respecto al restablecimiento o ampliación de la garantía única, el artículo 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015 estableció que cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la Entidad Estatal, el valor de la garantía se reduce, la Entidad Estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial de la garantía.</p> <p>Adicionalmente la norma en comento indica que cuando el contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, la Entidad Estatal debe exigir al contratista ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.</p> <p>Con respecto a eventualidades que se presente en la ejecución del contrato establece el artículo 2.2.1.2.3.1.18 que la Entidad Estatal debe prever en los pliegos de condiciones para la Contratación, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adiccionarla.</p> <p>COMENTARIO: Sobre este particular nosotros consideramos que la previsión que debería tener la entidad en estos eventos es incluir dentro de los pliegos de condiciones y el futuro contrato, que en aquellos casos en los cuales el contratista no efectúe los ajustes en vigencia y valor asegurado estando obligado a ello, procederá la declaratoria de incumplimiento del contrato, por cuanto pone en riesgo la ejecución del mismo.</p> <p>Finalmente con respecto de la efectividad de las garantías señala el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del decreto en mención que la Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías así:</p> <p>1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.</p> <p>2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.</p> <p>3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.</p>			
19.3	<p><i>RIESGOS QUE CUBRE DE LA GARANTÍA ÚNICA</i></p>			
	<p>Según el artículo 2.2.1.2.3.1.7 de Decreto 1082 de 2015, la garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:</p> <p>1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.</p> <p>2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.</p> <p>3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:</p> <p>(a) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;</p> <p>(b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;</p> <p>(c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y</p> <p>(d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.</p> <p>4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.</p> <p>COMENTARIO: Agrega la norma que la Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano, previsión que no estaba regulada en anteriores decretos reglamentarios.</p> <p>5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.</p> <p>6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.</p> <p>7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.</p> <p>8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.</p>			
19.4	<p>VIGENCIA Y VALOR ASEGURADO DE LOS RIESGOS QUE DEBE CUBRIR LA GARANTÍA ÚNICA</p>			
	<p>GARANTÍA DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO (art. 2.2.1.2.3.1.10) VIGENCIA: La garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal VALOR ASEGURADO: El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.</p> <p>GARANTÍA DE PAGO ANTICIPADO (art. 2.2.1.2.3.1.11) VIGENCIA: La garantía de pago anticipado debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta que la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de todas las actividades o la entrega de todos los bienes o servicios asociados al pago anticipado, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. VALOR ASEGURADO: El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) del monto pagado de forma anticipada, ya sea este en dinero o en especie.</p> <p>GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO (Art. 2.2.1.2.3.1.12) VIGENCIA: La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. VALOR ASEGURADO: El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas: 1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato. 2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato. 3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato. Agrega la norma que Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este.</p> <p>GARANTÍA DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES (art. 2.2.1.2.3.1.13) VIGENCIA: Esta garantía debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más. VALOR ASEGURADO: El valor de la garantía no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato.</p> <p>GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA (art. 2.2.1.2.3.1.14) VIGENCIA: Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.</p> <p>COMENTARIO: Agrega la norma que la entidad estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato. Vemos una novedad en la redacción de esta norma, por cuanto solo se puede reducir la vigencia de la garantía previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato. A manera ejemplo, si se trata de la ejecución de una obra, será un ingeniero civil quien dentro de la entidad deberá expedir un concepto técnico que permita dividir la garantía única tantas veces para cubrir el mínimo que es de cinco años.</p> <p>GARANTÍA DE CALIDAD DEL SERVICIO (art. 2.2.1.2.3.1.15) VIGENCIA Y VALOR ASEGURADO: La entidad estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.</p> <p>COMENTARIO: Agrega la norma que en los contratos de interventoría, la vigencia de este amparo debe ser igual al plazo de la garantía de estabilidad del contrato principal en cumplimiento del párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011. Esta previsión normativa es novedosa respecto de anteriores decretos reglamentarios, e implica un cambio de vigencias de garantía única en los contratos de interventoría, por cuanto amplió la vigencia de dichos contratos en el riesgo de calidad del servicio de interventoría, por el mismo periodo que se exija al contrato principal que este supervisando.</p> <p>GARANTÍA DE CALIDAD DE BIENES (art. 2.2.1.2.3.1.16) VIGENCIA Y VALOR ASEGURADO: La entidad estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.</p>			
19.5	<i>SEGURO DE AMPARO DE BIENES</i>			
	El artículo 2.2.1.2.3.2.11 del Decreto 1082 de 2015 señala con respecto a la protección de los bienes, que la Entidad Estatal debe exigir a su contratista un contrato de seguro que ampare responsabilidad cuando con ocasión de la ejecución del contrato existe riesgo de daño de los bienes de la Entidad Estatal. La Entidad Estatal debe definir el valor asegurado en los pliegos de condiciones.			Folio No.
19.6	<i>SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL</i>			
	<p>El artículo 2.2.1.2.3.2.9 del Decreto 1082 de 2015 señala con respecto a los requisitos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, que el amparo de responsabilidad civil extracontractual debe cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>1. Modalidad de ocurrencia. La compañía de seguros debe expedir el amparo en la modalidad de ocurrencia. En consecuencia, el contrato de seguro no puede establecer términos para presentar la reclamación, inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente.</p> <p>2. Intervinientes. La Entidad Estatal y el contratista deben tener la calidad de</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>asegurado respecto de los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la Entidad Estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o sus subcontratistas.</p> <p>3. Amparos. El amparo de responsabilidad civil extracontractual debe contener además de la cobertura básica de predios, labores y operaciones, mínimo los siguientes amparos:</p> <p>a) Cobertura expresa de perjuicios por daño emergente y lucro cesante. b) Cobertura expresa de perjuicios extrapatrimoniales. c) Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos. d) Cobertura expresa de amparo patronal. e) Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.</p> <p>Por su parte el artículo 2.2.1.3.3.2.10 del decreto en mención indica con respecto a los mecanismos de participación en la pérdida por parte de la Entidad Estatal asegurada, que en el contrato de seguro que ampara la responsabilidad civil extracontractual solamente se pueden pactar deducibles hasta del diez por ciento (10%) del valor de cada pérdida y en ningún caso pueden ser superiores a dos mil (2.000) smmlv. No serán admisibles las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que impliquen la asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada.</p> <p>De igual manera el artículo 2.2.1.2.3.2.11 ibídem, señala con respecto a la protección de los bienes, que la Entidad Estatal debe exigir a su contratista un contrato de seguro que ampare responsabilidad cuando con ocasión de la ejecución del contrato existe riesgo de daño de los bienes de la Entidad Estatal. La Entidad Estatal debe definir el valor asegurado en los pliegos de condiciones.</p> <p>De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.8 del Decreto 1082 de 2015 relativo al cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual señala la norma que la entidad estatal debe exigir en los contratos de obra, y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario con ocasión de los Riesgos del contrato, el otorgamiento de una póliza de responsabilidad civil extracontractual que la proteja de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.</p> <p>Agrega la norma que la entidad estatal debe exigir que la póliza de responsabilidad extracontractual cubra también los perjuicios ocasionados por eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que surjan de las actuaciones, hechos u omisiones de los subcontratistas autorizados o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro propio con el mismo objeto y que la Entidad Estatal sea el asegurado.</p> <p>Con respecto a la vigencia del seguro el artículo 2.2.1.2.3.1.18 ibídem señaló que la vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato, y en cuanto al valor asegurado estableció la siguiente tabla de valores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Doscientos (200) smmlv para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) smmlv. 2. Trescientos (300) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1.500) smmlv e inferior o igual a dos mil quinientos (2.500) smmlv. 3. Cuatrocientos (400) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2.500) smmlv e inferior o igual a cinco mil (5.000) smmlv. 4. Quinientos (500) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) smmlv e inferior o igual a diez mil (10.000) smmlv. 		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	5. El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) smmlv, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) smmlv.			
19.7	CONTRATO DE SEGURO			
	<p>Dice el artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015 que el objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del Decreto 1082 de 2015. Agrega que los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. Advierte que a Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Y finaliza que los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.</p> <p>Por otra parte el artículo 2.2.1.2.3.2.2 considera que si hay lugar a cesión del contrato a favor del garante, este está obligado a constituir las garantías previstas en el contrato.</p> <p>Adicionalmente el artículo 2.2.1.2.3.2.3 al regular las exclusiones que no cubre el contrato de seguro la Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato. 3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal. 4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo. <p>Con respecto a la inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad, señala el artículo 2.2.1.2.3.2.4 que el contrato de seguro que ampara el cumplimiento, la compañía de seguros no puede incluir la cláusula de proporcionalidad y tampoco otra cláusula similar en el sentido de que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado pero frente a un incumplimiento parcial, la compañía de seguros solamente paga los perjuicios causados en proporción al incumplimiento parcial de la obligación garantizada. La inclusión de una cláusula en ese sentido no producirá efecto alguno.</p> <p>Por otro lado con respecto a la improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro, el artículo 2.2.1.2.3.2.5 del Decreto 1082 de 2015 estableció que la garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente.</p> <p>El artículo 2.2.1.1.3.2.6 del decreto en mención al regular la inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros, en una regulación novedosa no contenida en anteriores decretos reglamentarios establece de manera perentoria, que la compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.</p> <p>Otra previsión normativa novedosa se encuentra en el artículo 2.2.1.2.3.2.7 que estableció una prohibición a las compañías de seguros en el sentido de señalar que para la venta de alguno de los amparos, las compañías de seguros no pueden exigir a los proponentes ni a los contratistas adquirir amparos no exigidos por la Entidad Estatal.</p>			
19.8	<p><i>PATRIMONIO AUTÓNOMO COMO GARANTÍA</i></p>			
	<p>El artículo 2.2.1.2.3.3.1 del Decreto 1082 de 2015 señala que el contrato de fiducia mercantil por medio del cual se crea el patrimonio autónomo sirve de garantía para la oferta o el cumplimiento del contrato en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 de decreto 1082 de 2015 y debe cumplir con los siguientes requisitos e incluir los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El fideicomitente debe ser el oferente o el contratista o quien esté dispuesto a garantizar sus obligaciones y tenga la facultad para hacerlo, y la sociedad fiduciaria, autorizada para el efecto por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces. 2. La Entidad Estatal que contrata debe ser el beneficiario del patrimonio autónomo. 3. La sociedad fiduciaria está obligada a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicomitidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación. 4. La sociedad fiduciaria debe periódicamente hacer las valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para velar por la suficiencia e idoneidad de la garantía. 5. La sociedad fiduciaria debe avisar a la Entidad Estatal y al fideicomitente dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en la que tiene noticia de la insuficiencia del patrimonio autónomo para el pago de las obligaciones garantizadas, causada por la disminución del valor de mercado de los bienes que lo conforman y exigir al fideicomitente el remplazo o aumento de los bienes fideicomitidos para cumplir con las normas relativas a la suficiencia de la garantía. 6. La obligación del fideicomitente de remplazar o aumentar los bienes fideicomitidos dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la solicitud que haga la sociedad fiduciaria. 7. El procedimiento para el remplazo de bienes o para la incorporación de nuevos bienes al patrimonio autónomo. 8. El procedimiento que debe seguirse frente al incumplimiento del oferente o del contratista. 9. Las obligaciones de la sociedad fiduciaria incluyendo sus obligaciones de custodia y administración de los bienes, verificación periódica del valor del patrimonio autónomo, rendición de cuentas e informes periódicos. 10. La forma como procede la dación en pago de los bienes fideicomitidos, para lo cual es necesario que haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha en la cual la Entidad Estatal solicitó a la sociedad fiduciaria ejecutar la garantía y no ha sido posible realizar los bienes fideicomitidos. En este caso, la Entidad Estatal debe recibir la dación en pago por el cincuenta por ciento (50%) del avalúo actualizado de los bienes, sin perjuicio de que la Entidad Estatal persiga el pago del perjuicio causado que no haya sido íntegramente pagado. <p>Por su parte el artículo 2.2.1.2.3.3.2 cuando regula la admisibilidad de bienes para conformar el patrimonio autónomo, señala que los bienes o derechos fideicomitidos para crear el patrimonio autónomo que sirve de garantía en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.7 del decreto 1082 de 2015, deben ofrecer a la Entidad Estatal un respaldo idóneo y suficiente para</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>el pago de las obligaciones garantizadas.</p> <p>Agrega la norma que la Entidad Estatal solamente puede aceptar como garantía el patrimonio autónomo conformado con los siguientes bienes y derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Valores que pueden conformar las carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en carteras colectivas. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el noventa por ciento (90%) del monto de tales valores. 2. Inmuebles libres de limitaciones de dominio con un valor superior a dos mil (2.000) smmlv, que generen rentas en un (1) año por valor mayor al cero punto setenta y cinco por ciento (0,75%) mensual del precio de realización establecido en el avalúo que debe realizar un experto, de acuerdo con el artículo siguiente del presente decreto. Estas rentas no pueden estar a cargo del contratista garantizado y deben hacer parte del patrimonio autónomo. La Entidad Estatal reconocerá para efectos del cálculo del valor de la garantía hasta el setenta por ciento (70%) del valor del avalúo de los bienes inmuebles fideicomitidos. <p>Advierte el artículo 2.2.1.2.3.3.3 del decreto 1082 de 2015 que la sociedad fiduciaria debe ordenar el avalúo de los bienes inmuebles, el cual debe hacerse bajo el criterio de valor de realización a corto plazo para efectos de determinar la suficiencia de la garantía. La sociedad fiduciaria debe actualizar el avalúo con la frecuencia establecida en las normas aplicables. Si el avalúo disminuye en más de diez por ciento (10%) de año a año, el fideicomitente debe aportar nuevos bienes para que la garantía sea suficiente.</p> <p>El avalúo debe estar a cargo de una institución especializada inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores que lleva la Superintendencia de Industria y Comercio. La remuneración de los Avaluadores y de los costos del avalúo debe ser cubierta por la sociedad fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso.</p> <p>Por su parte el artículo 2.2.1.2.3.3.4 ibídem establece una obligación para la sociedad fiduciaria en cuanto a que la misma debe expedir a nombre de la Entidad Estatal un certificado de garantía en el cual conste la siguiente información:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La suficiencia de la garantía para cada una de las coberturas, en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del decreto 1082 de 2015. 2. Los estados financieros actualizados del patrimonio autónomo y una descripción de los bienes que lo conforman. 3. El procedimiento a surtir en caso de hacerse exigible la garantía, el cual no podrá imponer a la Entidad Estatal condiciones más gravosas a las contenidas en el decreto 1082 de 2015. 4. Los riesgos garantizados. 5. La prelación que tiene la Entidad Estatal para el pago. 6. Los mecanismos con los cuales la sociedad fiduciaria puede hacer efectiva la garantía sin afectar su suficiencia. <p>Adicionalmente el artículo 2.2.1.2.3.3.5 del decreto en mención establece a su vez una prohibición cuando indica que la sociedad fiduciaria no puede proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la Entidad Estatal.</p> <p>Finalmente el artículo 2.2.1.2.3.3.6 ibídem señala que de las rentas periódicas que produzcan los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo, la sociedad fiduciaria puede retener el uno por ciento (1%) mensual hasta completar el valor equivalente al tres por ciento (3%) del avalúo del bien o valor, sumas que debe invertir en una cartera colectiva del mercado financiero para la conservación, defensa y recuperación de los</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	bienes fideicomitidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía.			
19.9	<i>GARANTÍAS BANCARIAS</i>			
	<p>El artículo 2.2.1.2.3.4.1 del Decreto 1082 de 2015 al regular las Garantías bancarias señala que la Entidad Estatal puede recibir como garantía en los términos de los artículos 115 y 116 del decreto en mención garantías bancarias y las cartas de crédito stand by, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La garantía debe constar en documento expedido por una entidad financiera autorizada por la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, otorgado de acuerdo con las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. 2. La garantía debe ser efectiva a primer requerimiento o primera demanda de la Entidad Estatal. 3. La garantía bancaria debe ser irrevocable. 4. La garantía bancaria debe ser suficiente en los términos de los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del decreto 1082. 5. El garante debe haber renunciado al beneficio de excusión. 			Folio No.
19.10	<i>GARANTÍAS PARA LA CONTRATACIÓN DE TECNOLOGÍA SATELITAL</i>			
	<p>El artículo 2.2.1.2.3.5.1 del Decreto 1082 de 2015 al regular las Garantías para cubrir los riesgos derivados de los procesos de contratación de tecnología satelital señala que en los Procesos de Contratación para el diseño, fabricación, construcción, lanzamiento, puesta en órbita, operación, uso o explotación de sistemas satelitales, equipos y componentes espaciales, la Entidad Estatal exigirá las garantías generalmente utilizadas y aceptadas en la industria, para cubrir los riesgos asegurables identificados en los estudios y documentos previos.</p>			Folio No.
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)			
	GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO			
	<p>Artículo 37. Garantías.</p> <p>Las Entidades Estatales pueden exigir a los oferentes y a los contratistas las garantías que estimen necesarias para asegurar: (i) la seriedad de la oferta, y (ii) los riesgos identificados de acuerdo con el artículo 10 de la presente ley (GESTIÓN DEL RIESGO DEL CONTRATO). El Gobierno Nacional debe señalar en el reglamento los tipos de garantía que las Entidades Estatales pueden solicitar.</p> <p>Los contratos de seguro no expiran por falta de pago de la prima o por revocación unilateral.</p> <p>En los contratos con cláusula de caducidad, la Entidad Estatal debe requerir el pago de la garantía a partir de la firmeza del acto administrativo que la declara. En los demás contratos para hacer efectiva la garantía, la Entidad Estatal debe proceder de acuerdo con las normas comerciales, civiles y las</p>			

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO			OBSERVACIONES
	demás normas aplicables del derecho privado.				
20	CLAUSULA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL				
	Cláusula que establezca la obligación a cargo del proponente de acreditar el pago de salud, pensiones y parafiscales				Folio No.
21	ANEXO MINUTA CONTRATO				
	<p>El párrafo 2º del artículo 6º del Decreto 066 de 2008 establecía que el contrato prevalecerá ante la ocurrencia de discrepancias interpretativas surgidas en la ejecución del mismo, dicho párrafo no fue integrado al artículo 2.2.3 del Decreto 734 de 2012, ni en el decreto 1510 de 2013; por lo tanto consideramos que se debe seguir el criterio del Consejo de Estado respecto de la prevalencia del pliego de condiciones con respecto a la interpretación del negocio jurídico, cuando surjan discrepancias entre el Estado y su contratista.</p> <p>Así lo sostuvo en Sentencia del 31 de Octubre de 2007, radicación No. 15475 y en los siguientes términos: “El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones -incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes. En este contexto, resulta indudable que el respectivo pliego de condiciones forma parte integrante del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las partes contratantes. Así lo tiene suficientemente sentado la Jurisprudencia de la Sala, tal como lo recoge la Sentencia del 19 de julio de 2001, dictada dentro del expediente No. 12.037, oportunidad en la cual puntualizó: "Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. (...) En efecto, el pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la</p>				Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato.</p> <p>Este criterio fue reiterado en Sentencia dictada el 13 de febrero de 2002, dentro del expediente No. 10.339, en la cual se expuso:</p> <p>"Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes".</p> <p>A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento la Sala, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que ese acto se convierte en clausulado del contrato. Así lo reflejan los siguientes apartes de la Sentencia dictada en noviembre 30 de 2006, expediente 18059:</p> <p>"Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El Reglamento en cambio admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.</p> <p>"En segundo lugar, en cuanto al pliego de condiciones como "acto administrativo" considera la Sala que en parte si ostenta esta naturaleza, pero no se reduce a ella. En nuestro concepto, el pliego, hasta antes de la celebración del contrato, es un acto administrativo reglado, de carácter general y de trámite; pero igualmente -y en esto radica la diferencia- tiene la capacidad de convertirse en "cláusula contractual" caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.</p> <p>"En este sentido el pliego es de "naturaleza mixta" en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que ostenta hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia esa naturaleza y se convierte en "cláusula contractual" porque muchas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras condiciones han perecido, a medida que ha avanzado el proceso de selección.</p> <p>"Así por ejemplo, a medida que se va aplicando el pliego de condiciones -es decir, en la medida en que avanza el proceso de licitación o de contratación directa- desaparecen por agotamiento las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación -apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación-, entre otras condiciones. Esos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto es un "acto administrativo".</p> <p>"En cambio las exigencias técnicas de bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como "cláusulas" del mismo -teniendo ahora efectos sólo entre la administración y el contratista-. Este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podría no reproducirse en el contrato, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego, de allí que la doctrina y la jurisprudencia digan que "el pliego de condiciones es la ley del contrato, pues a él se acude, en adelante para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación"."</p> <p>Las orientaciones jurisprudenciales precedentes permiten concluir que el</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa".		
22	CRITERIOS DE SELECCIÓN.		
	<p>El artículo 5° de la ley 1150 de 2007 referente a la selección objetiva, señaló lo siguiente: "... 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:</p> <p>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".</p> <p>ARTÍCULO 88. FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:</p> <p>"2. 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.</p> <p>En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:</p> <p>a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o</p> <p>b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.</p> <p>Criterios de evaluación que fije reglas objetivas y desempate. Literal b) del numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Se debe verificar que los criterios de evaluación tengan por objetivo proteger el interés general, pero que no se convierta en una herramienta para restringir la participación que vulnere el principio de concurrencia, entendido este último como la negación de participación de oferentes que estarían en condiciones de cumplir con el objeto a contratar, pero que son tan altas las exigencias que no pueden cumplir con los requisitos de participación exigidos en los pliegos de condiciones. En cuanto a los criterios de desempate, hay que verificar que no se deja al criterio de un sorteo sino que por el contrario se trata de incluir</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>diferentes variables como mejor precio ofrecido, mayor experiencia específica, mayor experiencia general, mayores indicadores económicos, etc.</p> <p>COMENTARIO: Sobre este particular el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 reguló el ofrecimiento más favorable estableciendo que la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.</p> <p>Agrega la norma que en la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta. 2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio. 3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras. 4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas. <p>Finaliza la norma señalando que la Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo. En este caso la Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.</p> <p>Consultando el texto de Benavides y Santofimio (Contratación Estatal. Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual) esto es lo que considera como la evaluación de los factores de ponderación de la oferta presentada en licitación pública: "Desde la perspectiva técnica, aparece la posibilidad de utilizar criterios como cumplimiento de contratos anteriores, la calidad de los materiales que se emplearán en la construcción de la obra; los procedimientos constructivos aplicables; las características estéticas o funcionales; el plazo de ejecución o entrega de la prestación (salvo en los casos de contratos de obra, donde la misma norma dispone que el menor plazo no será objeto de evaluación); las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales; el mantenimiento o la asistencia técnica. Desde la perspectiva económica se podrán utilizar no sólo el criterio del precio más bajo, sino otros mecanismos matemáticos que permitan comparar las ofertas como lo son la media aritmética, la media</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	geométrica o la mediana, que constituyen fórmulas de carácter matemático-financiero, con bases estadísticas, que conforman la manera en que pueden ser calificadas las ofertas”.			
	PROYECTO DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE)			
	EVALUACION DE LAS OFERTAS			
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 54 del proyecto, las Entidades Estatales deben fijar en los documentos del Proceso de Abastecimiento la forma como evaluarán las ofertas y los aspectos que tendrán en cuenta para establecer cuál es la oferta más favorable. Las Entidades Estatales pueden tener en cuenta, entre otros, uno o algunos de los siguientes criterios, de acuerdo con el mercado, el objeto del contrato y el ciclo de vida del bien, obra o servicio: (i) la calidad; (ii) el precio; (iii) los costos del ciclo de vida; (iv) las condiciones técnicas; (v) la experiencia del oferente o de su equipo de trabajo; (vi) las condiciones de entrega del bien, obra o servicio; (vii) el servicio posventa; (viii) las características estéticas o funcionales; (ix) aspectos de sostenibilidad ambiental y social; (x) innovación; (xi) la mejor relación costo-beneficio; (xii) la mejor relación costo-eficacia.</p> <p>La Entidad Estatal en la evaluación de las ofertas no debe tener en cuenta los incentivos a la industria nacional cuando: (a) el criterio de evaluación incluye el precio o los costos del ciclo de vida; o (b) es una contratación de mínima cuantía.</p>			
23	FACTORES DE DESEMPATE			
	De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, relativo a los factores de desempate señala la norma que en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.</p> <p>Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros. 2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional. 3. Preferir la oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura. 4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta. 5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. <p>COMENTARIO: Reiteramos nuestra observación en el sentido que la redacción del artículo 2.2.1.1.2.2.9 excluye como si lo permitía el decreto 734 de 2012, la regulación vía pliegos de condiciones de las reglas de desempate en donde se dejaba de manera supletiva las reglas del decreto 734. Hoy con el Decreto 1082 de 2015, se imponen las reglas, por lo tanto la entidad estatal solo podrá programar las reglas de desempate conforme a los criterios de asignación de puntos, es decir, ya no podrá definir como regla de desempate por ejemplo, la experiencia específica para entre dos iguales, el que tenga más años de experiencia específica, por cuanto la norma establece que solo se toman como criterios los de adjudicación de puntos.</p>		
24	<p>TRATADOS DE RECIPROCIDAD EN LA LEGISLACION NACIONAL</p>		
	<p>De conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en los procesos de selección de contratistas se establecerá en las bases de contratación, los pliegos de condiciones, que al proponente de bienes y servicios de origen extranjero se le concederá el mismo tratamiento y las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.</p> <p>La norma entiende por reciprocidad el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia y de conformidad con el cual a las ofertas de bienes y servicios colombianos se</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.</p> <p>Agrega el parágrafo 1 ibídem que el Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado pacto.</p> <p>Cuando no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, prevé el parágrafo 2 ibídem que los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades.</p> <p>El artículo 21 de la Ley 80 reguló la protección y preferencia de las ofertas nacionales estableciendo la obligación por parte de las entidades estatales de garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.</p> <p>Igualmente se estableció que en aquellos contratos de préstamo o cualquier otra forma de financiamiento que suscriban las entidades estatales, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.</p> <p>Agrega el artículo que se podrá regular vía pliegos de condiciones una causal de desempate, en donde, en igualdad de condiciones para contratar, se prefiera la oferta de bienes y servicios de origen nacional, o, cuando se trate de 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.</p> <p>Con la expedición de la Ley 816 de 2003, por medio de la cual se apoya la industria nacional a través de la contratación pública, el Congreso de la República estableció con rango legal un privilegio en favor de la industria nacional, al establecer criterios para favorecer a aquellos que ofrezcan dentro de sus propuestas bienes o servicios producidos por empresas de producción nacional, en los siguientes términos:</p> <p>Artículo 1.º Las entidades de la Administración Pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que les sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.</p> <p>Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de derecho privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.</p>		

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO	OBSERVACIONES
	<p>Parágrafo. <Parágrafo modificado por el artículo 51 del Decreto 19 de 2012.> 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.</p> <p>Artículo 2.º Las entidades de que trata el artículo 1.º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el 10 y el 20%, para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.</p> <p>Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el 5 y el 15%, para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.</p> <p>Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.</p> <p>Artículo 3º. El oferente extranjero deberá cumplir con los mismos requisitos, procedimientos, permisos y licencias previstos para el oferente colombiano y acreditar su plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país.</p> <p>Se reitera que con base en lo preceptuado en la Ley 80, se creó un criterio de selección de contratistas preferente respecto de las ofertas nacionales, cuando estuvieran en igualdad de condiciones frente a una oferta de una persona, natural o jurídica, pública o privada, extranjera. Esto quiere decir que cuando se definan los criterios de desempate entre ofertas que se encuentren en igualdad de condiciones para obtener el primer orden de elegibilidad, se deberá establecer en los pliegos de condiciones o términos de referencia que se preferirá a aquella oferta que se considere presentada por un proponente de origen nacional.</p>		
24.1	<p><i>TRATADOS DE RECIPROCIDAD EN EL DECRETO 1082 DE 2015</i></p>		
	<p>El artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 definió los Acuerdos Comerciales como tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano y (ii) los proveedores colombianos.</p> <p>Luego el artículo 2.2.1.2.4.1.1 referente al cronograma del proceso de contratación se señala que cuando el proceso de contratación está sometido a uno o varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe elaborar el cronograma de acuerdo con los plazos previstos en dichos Acuerdos Comerciales.</p> <p>Adicionalmente el artículo 2.2.1.2.4.1.2 al regular la concurrencia de varios acuerdos comerciales, señala que si un mismo proceso de contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales.</p>		Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>Finalmente el artículo 2.2.1.2.4.1.3 ibídem referente a la existencia de trato nacional establece que la Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.</p> <p>El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.</p> <p>Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de bienes y Servicios nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado.</p>			
25	<p align="center">SUBASTA INVERSA EN LA LICITACION PÚBLICA.</p>			
	<p>En aplicación del artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y referente a la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública, se estableció que las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja.</p> <p>En la fecha señalada en los pliegos de condiciones, los oferentes deben presentar los documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la Entidad Estatal. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.</p> <p>La Entidad Estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello para determinar los oferentes que pueden continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes</p>			Folio No.

No.	CONTENIDO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	CUMPLIMIENTO		OBSERVACIONES
	<p>habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones.</p> <p>En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva.</p> <p>Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta.</p> <p>En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.</p> <p>La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.</p> <p>De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso.</p>			

5. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE OBRA (papel de trabajo No. 3) ⁸³

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
1. RIESGO DE CONSTRUCCIÓN	<p>En un contrato de obra en el cual la entidad estatal impone los diseños de ingeniería de detalle, está estableciendo las especificaciones técnicas para la construcción, rehabilitación o mantenimiento, se puede presentar una variación de los diseños por mayores cantidades de obra a ejecutar por el contratista y que generen costos adicionales a los inicialmente previstos.</p> <p>Cuando en un contrato de obra se pacta como forma de pago a precios unitarios por cantidades de obra, tiene la</p>	<p>En el anexo "Minuta del contrato" de los pliegos de condiciones y luego en la minuta del contrato a suscribirse, se debe establecer una cláusula denominada "mayores cantidades de obra", en donde previo informe del interventor del contrato se indique que se requieren ejecutar mayores cantidades de obra y que el presupuesto estimado no alcanza a cubrir</p>	ENTIDAD ESTATAL	MEDIA	ALTO

⁸³ Para el análisis de riesgos en un contrato de obra se tomó como referencia el contrato de obra pública No. 01-0078-0-96 suscrito entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVIAS – y el Consorcio Constructora Andrade Gutierrez y otros.

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>posibilidad de que si los estudios previos no se aciertan en cuanto a la estimación cercana de las cantidades de obra a ejecutar, se permite que se sigan ejecutando las mayores cantidades de obra no presupuestadas siempre y cuando la entidad estatal cuente con los recursos adicionales para poder culminar el objeto contratado. Con este esquema se evita que queden obras inconclusas.</p>	<p>esas mayores cantidades. Dichas cantidades de obra adicionales se ejecutarán una vez la entidad estatal expida los certificados de disponibilidad presupuestal adicionales que garanticen el pago de esas mayores cantidades de obra</p>			
<p>2. RIESGO COMERCIAL PARA ENTIDADES ESTATALES</p>	<p>En aquellos casos en los cuales la entidad estatal propone como forma de pago precios unitarios por cantidades de obra y es de notorio conocimiento que uno de los bienes con destino a la obra tiene un precio que posee demasiadas fluctuaciones que lo hacen inestable, la entidad estatal puede proponer en los pliegos de condiciones fórmulas de reajuste.</p> <p>Como el objetivo de la estimación, tipificación y asignación de riesgos está asociada a identificar aquellos eventos en los cuales la entidad estatal considera que se puede alterar la ecuación económica del contrato y para ello busca mecanismos que puedan evitar conflictos entre las partes; la existencia de un precio de un bien con destino a la obra que represente algún grado de inestabilidad, pues el oferente al presentar su oferta puede ofrecer un precio, el cual debido a su volatilidad puede variar afectando la ecuación económica del contrato en contra del contratista, y por ello es posible evitarlo introduciendo fórmulas de reajuste a ese precio inestable. De no pactarse una fórmula de reajuste y presentarse la contingencia de la variación grave del precio unitario inicialmente ofrecido, obliga a las partes a acudir a los mecanismos de solución de controversias, cuando se podría evitar generando fórmulas matemáticas que mantengan el precio de mercado y la entidad estatal sólo pague el precio justo.</p>	<p>En los pliegos de condiciones y luego en la minuta del contrato en la forma de pago se puede pactar que determinados precios tendrán una fórmula de reajuste, de tal manera que si se presenta la contingencia, es decir, el precio unitario sufre una alteración, se aplica la fórmula previamente establecida en los pliegos de condiciones.</p>	ENTIDAD ESTATAL	ALTA	ALTO
<p>3. RIESGO COMERCIAL EL CONTRATISTA</p>	<p>En aquellos casos en los cuales la entidad estatal propone como forma de pago precios unitarios por cantidades de obra, la mayoría de precios unitarios no sufre variaciones ostensibles, por lo tanto, el precio unitario inicial se debe mantener durante el plazo de ejecución del contrato.</p> <p>La oferta comercial que presente el contratista al momento de radicar su propuesta es un desarrollo de la seriedad</p>	<p>En los pliegos de condiciones se debe estipular que cualquier error en que incurra el oferente en la presentación de los precios unitarios ofrecidos es a su riesgo, por cuanto los precios unitarios se pactarán sin fórmula de reajuste y estos se deben mantener durante todo el plazo de ejecución del</p>	CONTRATISTA	BAJA	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	de los ofrecimientos hechos; por lo tanto, cualquier error de cálculo en su oferta debe ser asumido por el contratista, a quien sólo se le reconocerá el valor de los precios unitarios presentado en su propuesta. De no respetarse este principio, se estaría vulnerando el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política con respecto de aquellos que ofrecieron en las mismas condiciones y no se les adjudicó el contrato por haber ofrecido precios unitarios superiores al que le fue adjudicado el contrato.	contrato.			
3. RIESGO POR VARIACIONES EN LAS CANTIDADES DE OBRA EFECTIVAMENTE EJECUTADAS	<p>El contrato de obra pactado a precios unitarios por cantidades de obra supone que dicho contrato se pacta sobre un presupuesto estimado, cuyo valor final será el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios ofrecido por el contratista. El contratista asume el riesgo de no cobrar las cantidades de obra que no ejecute por cuanto el contrato finalmente no lo requirió y no podrá reclamar a la entidad estatal por pérdidas o ganancias precalculadas con base en las cantidades de obra proyectadas inicialmente.</p> <p>El contrato estatal de obra es un contrato que se caracteriza por su conmutabilidad, por lo tanto, la entidad estatal sólo puede estar obligada a cancelar lo efectivamente ejecutado y no sería justo que un contrato que de antemano plantea una hipótesis de trabajo al formular teóricamente las posibles cantidades de obra que va a demandar el objeto contratado, al ejecutarse el contrato y verificar que no se requirieron todas las cantidades obra presupuestadas, de todas maneras la entidad estatal se encuentre obligada a cancelar aquello que el contratista no ejecutó. De no tener clara esta situación, se generaría un detrimento al patrimonio público, por cuando no hay una correspondencia entre la obra ejecutada y lo pagado por ella.</p>	En los pliegos de condiciones y luego en la minuta del contrato deberá consagrar una cláusula que estipule expresamente que la entidad estatal no reconocerá sumas de dinero por cantidades de obra estimadas desde los pliegos de condiciones y no ejecutadas por el contratista, por cuanto la proyección de cantidades de obra no generan un derecho adquirido al contratista, pues el esquema del contrato permite la cancelación de cantidades de obra debidamente ejecutadas.	CONTRATISTA	BAJA	BAJO
4. RIESGO DE IMPREVISTOS	En los contratos de obra es necesario que la propuesta económica se presente discriminada en los valores de administración, imprevistos y utilidades (a.i.u.), lo cual indica que el contratista asumirá hasta el monto determinado en el concepto de imprevistos, todos los imprevistos que se llegaren a presentar durante la ejecución del contrato de tal	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato a suscribirse por la partes se deberá consagrar una cláusula que estipule expresamente que en caso de presentarse imprevistos en la ejecución del contrato, la	CONTRATISTA	ALTA	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>manera que si se llega a presentar un imprevisto, el mismo debe ser atendido de manera inmediata por esta partida y así lo ha expresado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de mayo de 2003, ref.: 14.577.</p> <p>Presentado un imprevisto y luego de la valoración efectuada por la entidad estatal, si el mismo no alcanza a ser cubierto por la partida de imprevistos, las partes podrán acordar la suscripción de un contrato adicional conforme a la negociación que las mismas hayan efectuado para el reconocimiento de dicho imprevisto incluyendo la utilidad esperada por el contratista. Los contratos de obra por lo general tiene la contingencia de presentarse actividades no previstas por las partes dentro de la minuta del contrato, por lo es recomendable que dentro de la minuta del contrato de pacte una partida que asuma esta contingencia y así evitar la paralización del contrato derivado de esta obra no prevista. Si la entidad estatal al valorar la obra no prevista encuentra que la partida dentro del contrato no alcanza para cubrirla, podrá optar por proponer al contratista la suscripción de un contrato adicional donde se renueve el acuerdo de voluntades previsto en el artículo 13 de la Ley 80 sobre el nuevo precio no pactado inicialmente en el contrato principal.</p>	entidad estatal hará uso de la partida "imprevistos" hasta el monto que haya contemplado la oferta presentada por el contratista. En el evento de que la partida no alcance a cubrir el valor total del imprevisto y previo dictamen del interventor del contrato, la entidad estatal podrá acudir al acuerdo de voluntades con el contratista, suscribiendo un contrato adicional en valor y plazo que permita reconocer el mayor valor no cubierto por la partida de imprevistos.			
5. RIESGO TRIBUTARIO	<p>La entidad estatal al momento de elaborar los pliegos de condiciones deberá establecer la relación de impuestos nacionales, departamentales o municipales vigentes al momento de ordenar su apertura y dejar constancia de que todos aquellos tributos, tasas o contribuciones que se generen antes de la presentación de la oferta quedan incluidos en la misma.</p> <p>Los tributos, tasas y contribuciones que hayan sido aprobados por las respectivas corporaciones públicas, sólo serán asumidos por los contratistas si dicha aprobación se surtió con anterioridad a la presentación de la oferta y ellos no podrán con posterioridad demandar un posible desequilibrio económico del contrato, por cuanto tienen la carga de haber conocido de su existencia al momento de formular su propuesta. Sólo si el tributo, tasa o contribución se</p>	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato a suscribirse por la partes se deberá consagrar una cláusula que estipule expresamente que el contratista no podrá reclamar ningún mayor valor como consecuencia de su desconocimiento de la existencia del tributo, tasa o contribución generado antes de la presentación de su oferta.	CONTRATISTA	BAJA	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>aprueba por la respectiva corporación pública con posterioridad a la presentación de la oferta, sería la entidad estatal en virtud del principio de solidaridad constitucional que repararía hasta el punto de no pérdida al contratista en aplicación del numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993.</p> <p>De acuerdo con Sentencia del Consejo de Estado del 18 de septiembre de 2003, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15119, los hechos están relacionados con la ejecución de un contrato que se celebró en el año 1985 y prorrogado sucesivamente hasta el año 1995, y cuyo reclamo esta relacionado con el tributo Contribución Especial, el cual fue aprobado inicialmente por el decreto ley 2009 del 14 de diciembre de 1992, que establecía un 5% del valor del contrato de obra pública para la construcción o mantenimiento de vías, o su respectiva adición. Este decreto fue prorrogado por el decreto 1515 de 1993 y recogidos por la ley 104 de 1993, prorrogada por las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999 y finalmente la ley 782 de 2002.</p> <p>En esta sentencia se hace alusión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional C-083 del 26 de febrero de 1993, que estudio la constitucionalidad del decreto en mención y allí se indicó que era valido la aplicación del impuesto a los contratos adicionales, pues se consideró que son nuevos acuerdos de voluntad entre las partes.</p> <p>Luego se aclara la concepción del rompimiento de la ecuación económica del contrato, y asignándole es determinados casos a la entidad estatal una especie de solidaridad con su contratista por este concepto. Una de las causas se encuentra en la expedición de normas generales como sucede con la imposición de nuevos tributos, que no existían al momento de contratar. En este caso el Consejo de Estado en Sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14577, se pronunció sobre este tema, haciendo una distinción sobre el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Se presenta el hecho del príncipe cuando el estado expide una norma que incide de manera directa o indirecta en el contrato,</p>				

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>alternando la ecuación económica, siempre que la norma sea expedida por la entidad contratante. Si la norma es expedida por otra entidad se estaría frente a un evento externo entre las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. Sobre la teoría de la imprevisión se preciso que para que opere se requiere: 1) Que el hecho perturbatorio sea exógeno. 2) Que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar y 3) Que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional. Se agrega que el lucro cesante no se toma en consideración, se trata de una compensación limitada por las pérdidas. Esta compensación esta derivada de asumir el contratista cargas excesivas, exageradas que no está obligado a soportar.</p> <p>Finalmente esta jurisprudencia hace la claridad sobre la diferencia entre contratados adicionales y adiciones en valor, y para el contrato de obra a precios unitarios, la mayor cantidad de obra que resulte respecto de la calculada inicialmente para la correcta ejecución del objeto contractual y que en consecuencia requiere de mayores recursos para pagar el valor real de la obra, no hace necesario la celebración de un contrato adicional por cuanto ello no implica modificar el valor, sino que la entidad contratante debe hacer los movimientos presupuestales necesarios para el reconocimiento de esos costos.</p>				
6. RIESGO FINANCIERO DEL CONTRATISTA	<p>Devaluación del peso colombiano. Debido a las reglas de la economía, el peso colombiano sufre de la pérdida de su poder adquisitivo, por lo tanto, los pliegos de condiciones al momento de establecer las reglas de participación y específicamente para la formulación de la oferta económica, se debe advertir que los interesados deben realizar sus cálculos incluyendo la pérdida del poder adquisitivo o el fenómeno de devaluación del peso colombiano, de tal manera que presentada la oferta, el contratista asume este fenómeno y durante la ejecución del contrato no podrá presentar reclamaciones sobre este concepto.</p> <p>Si bien la devaluación del peso colombiano es una constante que se ocasiona de manera mensual y así lo</p>	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato deberá dejarse una cláusula en donde se señale que la devaluación del peso colombiano es una contingencia estudiada por el contratista al momento de formular su oferta, por lo tanto, la entidad estatal no reconocerá suma alguna derivada de la pérdida del poder adquisitivo de la propuesta presentada por el contratista.	CONTRATISTA	BAJA	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	certifica el dano, el contratista debe realizar su análisis financiero a fin de determinar cómo conserva el valor de su oferta sin que se deprecie, de tal manera que cuando presente su propuesta al Estado, ya incluya esta variable. De igual manera le permite hacer propuestas sacrificando este componente con el fin de que le adjudiquen el contrato y de esta manera asumiendo el riesgo devaluativo de nuestro peso.				
7. RIESGO FINANCIERO DE LA ENTIDAD ESTATAL	<p>Pagos en moneda extranjera. Cuando se presentan ofertas en moneda extranjera, la entidad estatal al momento de presentarse el pago se realiza una operación matemática aplicando la tasa representativa de la moneda de pago. Si bien este riesgo se le puede trasladar al oferente, se trata de un riesgo muy alta que puede generar poca participación.</p> <p>Se puede llegar a señalar que el riesgo cambiario pueda ser asumido por la firma extranjera que presente oferta en Colombia y desea que sus pagos sean efectuados con la moneda de su país, sin embargo, consideramos que una estrategia como la planteada lo que hace es afectar uno de los principios que regulan los procesos de selección de contratistas como es la libertad de concurrencia. De pactarse una regla en este sentido, es probable que la entidad estatal no cuente con ofertas de calidad y menos con ofertas que provengan del extranjero, lo cual sería un agravante si en Colombia no contamos con el personal idóneo para contratar lo que está buscando el Estado y ello pueda generar una declaratoria de desierta. En esos términos lo aconsejable es que la entidad estatal asuma el riesgo cambiario.</p>	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato deberá dejarse una cláusula en donde se señale que para los pagos en moneda extranjera, los mismos se efectuarán a la tasa representativa del día de radicación de la factura cuando la misma cumpla con todos los requisitos establecidos para su pago.	ENTIDAD ESTATAL	ALTA	ALTO
8. RIESGO POR LA NO APROVISIÓN DE MATERIALES PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA	<p>El contratista se obliga a seleccionar los sitios de acopio de materiales para la ejecución de la obra y debió realizar los análisis previos para garantizar la suficiencia de los mismos para el cumplimiento del contrato de obra correspondiente. Por lo anterior, la entidad estatal no reconocerá mayores valores derivados de la escasez de materiales para la ejecución del contrato y que incrementen sus costos.</p> <p>El contratista de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 es un colaborador de la administración, por lo tanto eso implica que tiene una carga en</p>	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato deberá dejarse una cláusula en donde se establezca del riesgo por la ausencia o poca provisión de bienes con destino a la obra debe ser asumido por el contratista y en ese escenario, la entidad estatal no se encuentra obligada a reconocer mayores valores producto del desabastecimiento del material que incrementa los	CONTRATISTA	ALTA	ALTO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>el cumplimiento de los fines del contrato.</p> <p>En estos términos en los pliegos de condiciones se debe imponer al oferente la carga de consultar las fuentes de materiales recomendadas para la ejecución del contrato, hasta el punto que ello permite a las entidades programar visitas obligatorias al sitio donde se va a ejecutar la obra, entre otras para que estén informados sobre los lugares para la consecución de materiales necesarios para la ejecución de la obra. Si por causas exclusivas del contratista por no haber explorado cuáles serían las fuentes de materiales pertinentes para la ejecución de la obra y ello implica que pueda haber una ausencia o escasez de materiales, los incrementos en los mismos no serán asumidos por la entidad estatal sino por el contratista.</p>	costos del mismo.			

6. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA

Los riesgos que pueden ser objeto de valoración por parte de las entidades estatales son los siguientes para los contratos de concesión de infraestructura⁸⁴:

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
1. RIESGO SOBRE LA INTEGRIDAD DE BIENES OTORGADOS EN CONCESIÓN	En aquellos casos en los cuales se trate de la concesión de infraestructura donde el Estado otorga la tenencia de bienes de uso público que forman parte de la infraestructura para ser explotada por un concesionario, al mismo se le traslada el riesgo sobre la integridad de los bienes, al establecerse la responsabilidad al concesionario de la integridad sobre los daños, perjuicios o pérdidas que los bienes sufran durante el plazo de la concesión. De igual forma, el concesionario asume la conservación de los bienes dispuestos a la concesión y el riesgo de deterioro que esta infraestructura pueda sufrir, por lo tanto	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato a suscribirse por la partes se deberá consagrar una cláusula que estipule la obligación del concesionario de proteger la infraestructura dada en tenencia para su explotación.	CONCESIONARIO	BAJO	BAJO

⁸⁴ Para el análisis de riesgos en un contrato de concesión se tomó como referencia el contrato de concesión de la red férrea del Atlántico otorgada por la Empresa Colombiana de Vías Férreas (FERROVIAS).

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>tiene competencia para adelantar las acciones que considere pertinentes contra los particulares que ocasionen daños a dicha infraestructura. Si se trata de bienes inmuebles, en caso de presentarse ocupaciones de hecho es responsable de su recuperación, por lo tanto le compete iniciar las acciones para su obtener el reintegro de dichos bienes.</p> <p>Para poder otorgar una concesión de infraestructura que pueda ser explotada por el particular se requiere que se le dé a título de tenencia los bienes objeto de la concesión para el concesionario pueda disponer de ella. Debido a esa tenencia se le traslada al concesionario el cuidado de esa infraestructura por lo tanto tiene el deber del cuidado y vigilancia sobre esos bienes y cualquier deterioro de los mismos los tiene que asumir.</p>				
2. RIESGO DE CONSTRUCCIÓN	<p>Dentro de las obligaciones a cargo de un concesionario se encuentra la de diseñar y ejecutar las obras, trabajos y las actividades que le corresponda para la rehabilitación - reconstrucción y conservación de la obra concesionada, por lo tanto se le traslada el riesgo de construcción de esa infraestructura, de tal manera que los mayores costos en que incurra por la ejecución de las obras que él mismo diseñó son por su cuenta y riesgo. Por lo anterior es responsabilidad del concesionario determinar las cantidades de obra, los costos de ejecución de las obras y el tipo de tecnología que utilizará para la construcción, reconstrucción o rehabilitación de la infraestructura concesionada, todo dentro de los límites impuestos por las especificaciones técnicas suministradas por la entidad concedente. En consecuencia, el concesionario deberá abstener de presentar reclamaciones por los sobrecostos que surjan al ejecutar cualquiera de las obras, independiente de su naturaleza y dificultad técnica y de las cuales se encuentra obligado para la adecuada operación de la infraestructura. Dentro de este riesgo se encuentra la obtención de las licencias tales como construcción y ambiental.</p> <p>En los contratos de concesión por definición el concesionario asume todos los riesgos dentro de los cuales se incluye el riesgo de construcción, por cuanto está a cargo del concesionario la construcción o rehabilitación de la infraestructura y ello</p>	<p>En el anexo "Minuta del contrato" de los pliegos de condiciones y luego en la minuta del contrato a suscribirse, se debe establecer una cláusula en la que se establezca como obligación la elaboración de los diseños para la construcción o la rehabilitación de la infraestructura concesionada, y que cualquier variación de los diseños deberá ser asumida por el concesionario.</p>	CONCESIONARIO	BAJO	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	incluye que elabore los diseños para la construcción o rehabilitación y en ese evento debe asumir los costos de los errores, fallas o imprevisiones que se deriven de dichos diseños.				
3. RIESGO DE OPERACIÓN	<p>Dentro de las obligaciones a cargo del concesionario se encuentra la operación de la infraestructura, por lo tanto es a su cuenta y riesgo los costos de operación de la infraestructura.</p> <p>Al concesionario se le otorga dentro de la concesión que asuma la operación del servicio público que se le encargó, para ello deberá realizar una serie de inversiones encaminadas a adquirir todos los bienes que permitan la operación y ello incluye los costos de mantenimiento de esos bienes. Como el concesionario tiene la carga de elaborar su propio modelo financiero, ello implica que dentro del modelo debe incluir todos los costos que le demande la operación durante todo el tiempo que dure la concesión y justamente este plazo le será otorgado para que pueda recuperar todas las inversiones que realice incluyendo las destinadas para la operación del servicio.</p>	El concesionario al suscribir la concesión tuvo que realizar los análisis financieros para determinar la oportunidad de retorno de la inversión y para ello se le otorga un plazo que es suficiente para recuperar las inversiones y la utilidad esperada, por lo tanto, la explotación de la infraestructura a través de la operación de dicha infraestructura debe ser a su costo y así debe quedar consignado en las cláusulas del contrato en donde todos los costos directos e indirectos son asumidos por el concesionario quien no podrá reclamar a la entidad concedente ningún valor derivado de la operación.	CONCESIONARIO	BAJO	BAJO
3. RIESGO FINANCIERO	<p>En una concesión el riesgo de contratar un empréstito para financiar la concesión es a cargo del concesionario, lo mismo que la obtención de la totalidad de los recursos suficientes para la ejecución de las obras que le permitan operar adecuadamente y dentro de las especificaciones suministradas por la entidad concedente, dentro de los parámetros establecidos en el contrato de concesión, máxime si la entidad concedente se comprometió a girar una parte de los costos de construcción, reconstrucción o rehabilitación de la infraestructura. Por lo anterior, todos los recursos necesarios diferentes a los aportados por la entidad concedente si así se pactó en el contrato, deben ser obtenidos por el concesionario para la ejecución de las obras mínimas necesarias para la ejecución del contrato de concesión.</p> <p>Cuando una entidad estatal decide acudir al tipo contractual concesión lo que revela es su incapacidad financiera para desarrollar infraestructura y por ello acude al sector privado para interesarlo a través de la confección de un negocio que le sea atractivo y de esta manera lo estimule</p>	Dentro de las cláusulas del contrato se debe dejar establecido que la no consecución de los recursos por parte del concesionario debido a la negación de créditos por parte del sector financiero no será una causal de exoneración de responsabilidad. En caso de no obtenerse los créditos a que se comprometió con la celebración del contrato genera una causal de incumplimiento que puede generar la paralización del contrato.	CONCESIONARIO	BAJO	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	para que invierta en infraestructura pública y con su explotación por un plazo de tiempo determinado logre la recuperación del capital invertido. Se justifica por lo tanto que la consecución de crédito con el sector financiero sea una obligación de resultado, por cuanto de ello depende que el concesionario tenga recursos para poder ejecutar las obras con las cuales va a colocar en condiciones de operación la infraestructura concesionada y es un riesgo que es exclusivo del concesionario.				
4. RIESGOS ASOCIADOS A FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO O HECHOS DE UN TERCERO POR ACTOS TERRORISTAS	<p>Únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, la entidad concedente compartirá el riesgo con el concesionario. Por lo anterior, la entidad concedente repondrá los costos de la reparación de los daños a la infraestructura y el concesionario asumirá los costos del lucro cesante dejado de percibir por el daño a la infraestructura mientras que se repara por el mismo concesionario.</p> <p>Una formula equitativa entre las partes es la posibilidad que las mismas asuman conjuntamente los riesgos asociados a los eventos de caso fortuito, fuerza mayor y el hecho de un tercero, en donde la entidad concedente asuma el costos de las nuevas obras que reparen los daños causados a la infraestructura por cualquiera de estos evento y así mismo el concesionario no cobre lo dejado de percibir mientras la infraestructura es reparada.</p>	Dentro de las cláusulas del contrato se debe dejar establecido que aquellos hechos asociados a caso fortuito, fuerza mayor o hechos de un tercero por actos terroristas serán de riesgo compartido en donde la entidad estatal que es la dueña de la infraestructura afectada por la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho de un tercero incluidos actos terroristas, ordenará la ejecución de las obras y a cargo del concesionario para restablecer el daño, ya sea mediante aportes de la entidad o mediante la explotación de más plazo de la concesión hasta que se recupere la nueva inversión realizada por el concesionario. Dentro de la cláusula también debe quedar establecido que el concesionario no podrá reclamar desequilibrio económico del contrato por lo dejado de percibir en el tiempo que estuvo detenida la explotación u operación del servicios, por cuanto este último es el riesgo que asume el concesionario, de tal manera que él aminora el riesgo en la medida en que termine en el menor tiempo la infraestructura deteriorada por cualquiera de los eventos enunciados.	CONCEDENTE / CONCESIONARIO	ALTO	ALTO
5. RIESGO TRIBUTARIO	La entidad estatal al momento de elaborar los pliegos de condiciones deberá establecer la relación de impuestos nacionales, departamentales o	En los pliegos de condiciones en el anexo "Minuta del contrato" y luego en la minuta del contrato a suscribirse por	CONCESIONARIO	BAJO	BAJO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
	<p>municipales vigentes al momento de ordenar su apertura y dejar constancia de que todos aquellos tributos, tasas o contribuciones que se generen antes de la presentación de la oferta quedan incluidos en la misma.</p> <p>Los tributos, tasas y contribuciones que hayan sido aprobados por las respectivas corporaciones públicas, sólo serán asumidos por los contratistas si dicha aprobación se surtió con anterioridad a la presentación de la oferta y ellos no podrán con posterioridad demandar un posible desequilibrio económico del contrato, por cuanto tienen la carga de haber conocido de su existencia al momento de formular su propuesta. Sólo si el tributo, tasa o contribución se aprueba por la respectiva corporación pública con posterioridad a la presentación de la oferta, sería la entidad estatal en virtud del principio de solidaridad constitucional que repararía hasta el punto de no pérdida al contratista en aplicación del numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993.</p>	<p>la partes se deberá consagrar una cláusula que estipule expresamente que el contratista no podrá reclamar ningún mayor valor como consecuencia de su desconocimiento de la existencia del tributo, tasa o contribución generado antes de la presentación de su oferta.</p>			

7. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS CONTRATO DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO

Igualmente a manera de ejemplo, los riesgos que pueden ser objeto de valoración por parte de las entidades estatales son los siguientes para los contratos de concesión de alumbrado público⁸⁵:

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
1. REGULATORIO					
1.1 Medidas medio ambientales	<p>El concesionario puede verse afectado en el modelo financiero producto de la expedición de una norma ambiental que modifique las especificaciones técnicas para prestar el servicio de alumbrado público reduciendo los ingresos esperados y que afecte la ecuación económica del contrato de concesión</p>	<p>Revisión del contrato de concesión mediante la reparación de desequilibrio económico con aporte del concedente o ampliación del plazo de la concesión</p>	CONCEDENTE	MEDIA	ALTO

⁸⁵ Pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 330-015-008-0005 ordenada por el Municipio de Tuluá para contratar la Concesión de Alumbrado Público

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
1.2 Reducción de la tarifa del impuesto del alumbrado público	El concesionario puede ver afectado el modelo financiero producto de la expedición de una norma que modifique el impuesto del alumbrado público reduciendo los ingresos esperados y que afecte la ecuación económica del contrato de concesión	Revisión del contrato de concesión mediante la reparación de desequilibrio económico con aporte del concedente o ampliación del plazo de la concesión	CONCEDENTE	MEDIA	ALTO
1.3 En la Concesión de Alumbrado Público hay un componente por concepto de Compras de energía con destino exclusivo al servicio, el cual puede presentar un aumento de tarifas de acuerdo al mercado y al regulador CREG	El concesionario puede ver afectado el modelo financiero producto de las reglamentaciones que expidan los organismos reguladores que afecte el precio de compra de la energía, así mismo, presentarse fenómenos climáticos y/o de fuerza mayor que disparen el precio de ésta energía.	Revisión del contrato de concesión mediante la reparación de desequilibrio económico con aporte del concedente o ampliación del plazo de la concesión	CONCEDENTE	BAJA	ALTO
1.4 Cambio de tasas, impuestos y contribuciones	El concesionario puede ver afectado el modelo financiero producto de la expedición de normas municipales, departamentales o nacionales que creen o modifiquen tasas, impuestos o contribuciones reduciendo los ingresos esperados y que afecte la ecuación económica del contrato de concesión	Revisión del contrato de concesión mediante la reparación de desequilibrio económico con aporte del concedente o ampliación del plazo de la concesión	CONCEDENTE	MEDIA	ALTO
2. CAMBIARIO					
Riesgo cambiario en compra de bienes para la operación de la infraestructura de alumbrado y en el costo financiación	Consiste en el efecto económico originado en alzas no proyectadas originadas por modificaciones en la tasa de cambio, en los precios de los bienes y en el costo de la financiación	El concesionario debe efectuar los estudios y análisis que correspondan para conocer las condiciones del negocio, establecer planes de acción internos para reajustar sus proyecciones y definir y ejecutar las medidas frente a este tipo de contingencias. Contratación de cobertura del mercado nacional e internacional	CONCESIONARIO	MEDIA	ALTA
3. RIESGO POLÍTICO					
Orden público impide la prestación del servicio público de alumbrado público	Orden público afecta la prestación del servicio de alumbrado público generando la suspensión del mismo de manera parcial o definitiva	El daño emergente será a cargo del concedente, que implica que se evalúen los daños a la infraestructura y se reponga mediante un aporte o con una ampliación del plazo de la concesión y el lucro cesante a cargo del concesionario, en donde no aspira a obtener una utilidad por cuenta de la reparación de la infraestructura que permite la prestación del	CONCEDENTE (DAÑO EMERGENTE) CONCESIONARIO (LUCRO CESANTE)	ALTA	ALTO

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
		servicio de alumbrado público			
4. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO					
Desastres naturales impiden la prestación del servicio público de alumbrado público	Un hecho de fuerza mayor o caso fortuito afecta la prestación del servicio de alumbrado público generando la suspensión del mismo de manera parcial o definitiva	El daño emergente será a cargo del concedente, que implica que se evalúen los daños a la infraestructura y se reponga mediante un aporte o con una ampliación del plazo de la concesión y el lucro cesante a cargo del concesionario, en donde no aspira a obtener una utilidad por cuenta de la reparación de la infraestructura que permite la prestación del servicio de alumbrado público	CONCEDENTE (DAÑO EMERGENTE) CONCESIONARIO (LUCRO CESANTE)	BAJO	ALTO
5. OPERACIÓN					
5.1 Dentro de las obligaciones a cargo del concesionario se encuentra la operación de la infraestructura, por lo tanto, es a su cuenta y riesgo los costos de operación de la infraestructura.	Al concesionario se le otorga dentro de la concesión que asuma la operación del servicio público que se le encargó, para ello deberá realizar una serie de inversiones iniciales, encaminadas a adquirir todos los bienes que permitan la operación y ello incluye los costos de mantenimiento de esos bienes. Como el concesionario tiene la carga de elaborar su propio modelo financiero, ello implica que dentro del modelo debe incluir todos los costos que le demande la operación durante todo el tiempo que dure la concesión y justamente este plazo le será otorgado para que pueda recuperar todas las inversiones que realice, incluyendo las destinadas para la operación del servicio.	El concesionario al suscribir la concesión tuvo que realizar los análisis financieros para determinar la oportunidad de retorno de la inversión y para ello se le otorga un plazo el cual es suficiente para que pueda recuperar las inversiones y la utilidad esperada, por lo tanto, la explotación de la infraestructura a través de la operación de dicha infraestructura debe ser a su costo y así debe quedar consignado en las cláusulas del contrato en donde todos los costos directos e indirectos son asumidos por el concesionario quien no podrá reclamar a la entidad concedente ningún valor derivado de la operación.	CONCESIONARIO	MEDIA	ALTA
5.2 Mayores costos en insumos y combustible	Consiste en el efecto económico originado en las alzas de los precios de insumos y combustibles no esperados, que puede darse por incrementos del valor de los bienes en el mercado	El riesgo asociado al costo de operación es del concesionario. Para mitigar este riesgo el concesionario debe efectuar los estudios y análisis que correspondan para conocer las condiciones del negocio, establecer planes de acción internos para reajustar sus proyecciones y definir y ejecutar las medidas frente a este tipo de contingencias.	CONCESIONARIO	MEDIO	MEDIO
5.3 Mayores egresos de los previstos. Costos de	Consiste en el efecto económico originado en la falta de una	El concesionario debe efectuar los estudios y	CONCESIONARIO	BAJO	MEDIA

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACION DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACION	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACION	ASIGNACION	CALIFICACION DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
operación mayores de los previstos. Mayores costos de personal. Mala estimación de costos	estimación adecuada de los costos de operación, en sobrecostos por contratación de personal y en general mayores costos de los previstos para la operación	análisis que correspondan para conocer las condiciones del negocio, establecer planes de acción internos para reajustar sus proyecciones y definir y ejecutar las medidas frente a este tipo de contingencias.			
6. FINANCIERO					
6.1 Cuando una entidad estatal decide acudir al tipo contractual concesión realmente lo que refleja es su incapacidad financiera para desarrollar infraestructura y por ello acude al sector privado para interesarlo a través de la confección de un negocio que le sea atractivo y de esta manera lo estimule para que invierta en infraestructura pública y con su explotación por un plazo de tiempo determinado logre la recuperación del capital invertido. Se justifica por lo tanto que la consecución de crédito con el sector financiero sea una obligación de resultado, por cuanto de ello depende que el concesionario tenga recursos para poder garantizar la operación del servicio de alumbrado público y es un riesgo que es exclusivo del concesionario.	En una concesión el riesgo de contratar un empréstito para financiar la concesión es a cargo del concesionario, lo mismo que la obtención de la totalidad de los recursos suficientes para garantizar la operación y dentro de las especificaciones suministradas por la entidad concedente, dentro de los parámetros establecidos en el contrato de concesión. Por lo anterior, todos los recursos necesarios deben ser obtenidos por el concesionario para la ejecución del contrato de concesión.	Dentro de las cláusulas del contrato se debe dejar establecido que no consecución de los recursos por parte del concesionario debido a la negación de créditos por parte del sector financiero no será una causal de exoneración de responsabilidad. En caso de no obtenerse los créditos a que se comprometió con la celebración del contrato genera una causal de incumplimiento que puede generar la paralización del contrato.	CONCESIONARIO	BAJA	ALTA
6.2 Costos de financiación, donde la tasa de interés varío por encima de lo estimado. tasa de interés para capital de trabajo varío por encima de lo estimado	Consiste en el efecto económico originado en alzas no proyectadas originadas por modificaciones en la tasa de cambio y en el costo de la financiación	El concesionario debe efectuar los estudios y análisis que correspondan para conocer las condiciones del negocio, establecer planes de acción internos para reajustar sus proyecciones y definir y ejecutar las medidas frente a este tipo de contingencias.	CONCESIONARIO	MEDIA	ALTA
7. RIESGO SOBRE LA INTEGRIDAD DE BIENES OTORGADOS EN CONCESION					

CLASE Y CAUSA DEL RIESGO	ESTIMACIÓN DEL RIESGO Y SU JUSTIFICACIÓN	MECANISMO DE COBERTURA / MITIGACIÓN	ASIGNACIÓN	CALIFICACIÓN DEL RIESGO	
				PROB.	IMPACTO
<p>Para poder otorgar una concesión del servicio de alumbrado público que pueda ser explotada por el particular se requiere que se le dé a título de tenencia los bienes objeto de la concesión para el concesionario pueda disponer de ella. Debido a esa tenencia se le traslada al concesionario el cuidado de esa infraestructura por lo tanto tiene el deber del cuidado y vigilancia sobre esos bienes y cualquier deterioro de los mismos los tiene que asumir.</p>	<p>Si bien dentro del AOM se incluyen imprevistos asociados a reparar las luminarias que dañen los vándalos y los casos de hurtos de bombillas, hay escenarios donde los costos no alcanzarían para cubrir estos daños y proponen un riesgo compartido a partir de un porcentaje de daño.</p> <p>La entidad estatal debe considerar que es a su cargo se encuentra el manejo de la seguridad ciudadana; por lo tanto, es posible establecer un sistema de riesgo compartido respecto de la afectación de la ecuación económica, pero se propone que entre las partes se incluyan proyectos de responsabilidad social a cargo del concesionario para que se trabaje conjuntamente con el Municipio programas de cultura ciudadana para la enseñanza a los ciudadanos del cuidado de la infraestructura que se presta para el servicio de alumbrado público.</p>	<p>La entidad estatal y el concesionario deberán asumir de manera compartida este riesgo.</p> <p>El concesionario debe asumir hasta el tres (3) por ciento anual de la infraestructura afectada por hurto y vandalismo, de acuerdo al inventario actualizado de punto luminosos, quedando incluido dentro del AOM.</p> <p>Revisión del contrato de concesión mediante la reparación de desequilibrio económico con aporte del concedente o ampliación del plazo de la concesión</p>	<p>CONCEDENTE / CONCESIONARIO</p>	<p>MEDIA</p>	<p>MEDIO</p>