

**REFORMAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y APLICACIÓN PRÁCTICA**

**RUBY ENITH ORTEGA PANTOJA  
GIOVANNY ALVEIRO MUÑOZ BURBANO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVOS  
SAN JUAN DE PASTO  
2012**

**REFORMAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y APLICACIÓN PRÁCTICA**

**RUBY ENITH ORTEGA PANTOJA  
GIOVANNY ALVEIRO MUÑOZ BURBANO**

**Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de  
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:  
Dr. WILLIAM TEPUD**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVOS  
SAN JUAN DE PASTO  
2012**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1<sup>ro</sup> del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Presidente de tesis

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Febrero de 2012

## CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. OBJETIVO GENERAL	12
1.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
2. LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO VERDADERA REGLA GENERAL DE CONTRATACIÓN	13
3. LA PLANEACIÓN COMO PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	16
4. TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS	21
5. REGLA DE SUBSANABILIDAD. PRIMACIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO FORMAL	23
6. LA GRATUIDAD DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES	26
7. BOLETÍN DE LICITACIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO	28
8. LOS REQUISITOS HABILITANTES Y EL NUEVO REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES	29
9. EL NUEVO SISTEMA DE GARANTÍAS	34
9.1 MECANISMOS DE COBERTURA	34
9.2 RÉGIMEN DE RIESGOS	36
9.3 SUFICIENCIA DE LAS GARANTÍAS	39
9.4 CLAUSULA DE INDEMNIDAD	41
10. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN	42
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	56

## LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro 1. Suficiencia de las garantías	40

## **RESUMEN**

El Estatuto de la Contratación Estatal ha sufrido diferentes cambios generando un traumatismo en los procedimientos contractuales, los cuales han evolucionando con la administración pública, aplicando técnicas encaminadas a la verificación de las actuaciones de la Administración, buscando el cumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia en el manejo de los recursos Públicos.

De tal manera que con la implantación de las diferentes modalidades de contratación estatal establecidos en la ley 1150 de 2007, Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Meritos y Contratación Directa, así como también la Contratación del menos del 10% de la menor cuantía establecida por la Ley 1494 de 2011 y su Decreto Reglamentario 2516 de Julio de 2011, los cuales han hecho que la contratación Estatal sea más eficiente y transparente teniendo en cuenta que el nuevo estatuto incorpora la tecnología al crear los sistemas de contratación electrónica.

De esta manera se logró que el procedimiento contractual sea más oportuno y organizado persiguiendo una contratación técnica, Jurídica y Financieramente sustentada, planeada y justificada, logrando una contratación más eficiente y eficaz.

## **ABSTRACT**

The Statute of the State Procurement has undergone several changes causing trauma to contract procedures, which have evolved with the public, applying techniques to the verification of the actions of the Administration, seeking compliance with the principles of efficiency and transparency in the management of public resources.

So that with the implementation of the various forms of state contracting law established in 1150, 2007, Public Tender, Select Dial, Merit Competition and Direct Contracting, Procurement as well as the less than 10% of the lesser amount as determined by Act 1494 of 2011 and its Regulatory Decree 2516 of July 2011, which have made the State procurement more efficient and Transparent considering that the new statute incorporates technology to create e-procurement systems.

In this way the procedure was accomplished under contract for more timely and organized pursuing a technical recruitment, Legal and financially supported, planned and justified, achieving a more efficient and effective procurement.

## GLOSARIO

**CDP:** Certificado de Disponibilidad Presupuestal. Documento por medio del cual se garantiza la existencia del rubro o imputación presupuestal del cual se afectará el presupuesto de la entidad con destino al contrato.

**OFERENTES:** Es la persona natural o jurídica que presenta una Oferta para la compraventa de productos o la prestación de servicios.

**PLIEGO DE CONDICIONES:** Acto Administrativo contentivo del reglamento de la Licitación.

**PROPONENTES:** Es el responsable del cumplimiento de la obligación; persona que suscribe el convenio con el asegurador, para que éste emita la póliza respectiva.

**REQUISITOS HABILITANTES:** Condiciones en las que se encuentra el proponente para poder participar en un proceso de selección que aseguran a la Administración la capacidad de comprometerse contractualmente con el Estado.

**RUP:** Registro Único de Proponentes. Documento de obligatorio cumplimiento y regla general en el quehacer contractual del Estado.

**SECOP:** Sistema Electrónico para la Contratación Pública

**SICE:** Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal

**SUBSANABLE:** Disculpable, remediable, corregible.

## INTRODUCCIÓN

La Ley 80 de 1993 ha tenido varias reglamentaciones<sup>1</sup> que fueron haciendo un complejo estatuto que ha venido evolucionando a la par con la administración pública la cual se ha hecho más exigente en cuanto a resultados, mas técnica y sobre todo busca ser más eficiente y transparente en el manejo de los recursos públicos.

El estatuto de contratación estatal acorde a las nuevas tendencias ha implementado, o mejor, pretende implementar las herramientas tecnológicas como el internet para hacer más eficaz el principio de publicidad y hacer más asequible la vinculación de los particulares a la actividad contractual del Estado, es así como desde la expedición del “Decreto Reglamentario 2170 de 2002 hasta la del Decreto Reglamentario 2474 de 2008, tanto la publicación de los actos previos y contractuales en las páginas web institucionales y principalmente en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)”<sup>2</sup> o “Portal Único de Contratación, como la consulta de precios en el Sistema de Información de la Contratación Estatal (SICE)”<sup>3</sup>, son de obligatorio cumplimiento, también se establece la modalidad de contratación a través de subasta inversa electrónica tema que aun no se ha implementado por carencias tecnológicas en la mayoría de las entidades públicas sobre todo aquellas territoriales donde aún el uso del internet no se ha masificado.

En cuanto a la búsqueda de un manejo transparente de lo público, “el estatuto de la contratación público ha hecho su mejor esfuerzo por combatir la corrupción, por ello se destacan los principales cambios que conducen a una contratación más transparente tales como la elevación de la licitación pública a categoría de regla general en la contratación pública, la creación de una nueva modalidad de contratación como lo es la selección abreviada”<sup>4</sup>, la planeación como principio de la contratación para hacer que los procesos y los contratos no sean producto de la improvisación sino de una verdadera planeación; así mismo la adopción un estudio de riesgos previo a la contratación para estimar y asignar los riesgos

---

<sup>1</sup> Ley 80 DE 1993, Ley 1150 DE 2007, Decreto 2170 de 2002, Decreto 2474 de 2008, Decreto 066 de 2008, decreto 4828 de 08. Decreto 4881 de 2008, Decreto 2025 de 2009, Decreto 2576 de 2009, Decreto 4266 de 2010, Decreto 2516 de 2011

<sup>2</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 3o. De La Contratación Pública Electrónica

<sup>3</sup> Ley 598 de 2000, por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la administración pública y se dictan otras disposiciones

<sup>4</sup> Ley 1150 de 2007, Artículo 2o. De Las Modalidades De Selección, numeral segundo, Selección Abreviada

previsibles antes de suscribir el contrato los cuales pueden ser revisados y discutidos en una audiencia preliminar a la apertura del proceso licitatorio.

También es de destacar aspectos como la depuración de los procesos de selección en cuanto a trámites y formalidades se refiere, la primacía de lo sustancial sobre lo formal que hace que los factores de escogencia no se concentren en la exigencia de documentos innecesarios o que la falta de estos impida la valoración de las propuestas. La gratuidad de los pliegos de condiciones y la publicación de los mismos para facilitar el acceso a la información por parte de los proponentes, hace material el principio de libertad de concurrencia.

La contratación directa en el nuevo régimen contractual se convierte en una figura excepcional pero que no escapa a la obligación de justificar, planear y escoger objetivamente al contratista, así como la obligatoriedad de cumplir con los aportes a los regímenes de seguridad social y parafiscales que hacen que la contratación y en especial la directa por prestación de servicios profesionales, no sea mas una tercerización de la relación laboral.

Con el nuevo estatuto quedaron atrás los contratos de prestación de servicios como instrumentos mediadores de una relación laboral y su definición se limita exactamente a la prestación de servicios profesionales entendida como un ejercicio intelectual y no operativo o asistencial.

Por último, es de resaltar que el nuevo estatuto de contratación incorpora la tecnología al crear los sistemas de contratación electrónica, los sistemas de información como el SICE y el portal único de contratación, que hacen de la contratación estatal un ejercicio visible de la Administración pública y la implementación del Registro Único de proponentes como medio exclusivo y general para contratar con el Estado.

## **1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar los aspectos más importantes de la reforma a la contratación estatal y sus efectos en la práctica, con ello queremos demostrar si realmente el nuevo régimen contractual garantiza lo que anteriores estatutos han buscado: frenar la corrupción concentrada en la contratación del Estado.

### **1.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Comparar los anteriores estatutos con el actual y verificar si hubo una evolución en la contratación del Estado o persisten los viejos vicios pero con nombres y formas diferentes.

Revisar los aspectos más importantes de las nuevas figuras jurídicas, y si estas hacen eficiente la labor contractual o si por el contrario enredaron a las entidades del Estado con una contratación compleja.

Analizar si el actual estatuto satisface las necesidades de transparencia, objetividad y eficacia de la contratación estatal o si aun harán falta nuevas reformas a la reforma.

## 2. LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO VERDADERA REGLA GENERAL DE CONTRATACIÓN

Aunque la ley 80 de 1993 ya concebía esta regla general, no tuvo una verdadera aplicación por cuanto la licitación pública estuvo ligada a la mayor cuantía y a otras condiciones relacionadas a los formalismos del procedimiento lo que permitió que la regla general fuera la contratación directa con o sin formalidades plenas que había incorporado a la Ley 80 de 1993 el Decreto Reglamentario 855 de 1994.

Así lo estableció este principio el numeral 1 del artículo 24 de la citada ley:

*La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:*

- a) menor cuantía (...).*
- b) empréstitos.*
- c) interadministrativos con excepción del contrato de seguros.*
- d) para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.*
- e) arrendamiento o adquisición de inmuebles.*
- f) urgencia manifiesta.*
- g) declaratoria de desierto de la licitación o concurso.*
- h) cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación.*
- i) bienes y servicios que se requieran para la defensa nacional.*
- j) cuando no exista pluralidad de oferentes.*
- k) productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.*
- l) Los contratos que las entidades celebren para la prestación de servicios de salud.*
- m) los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comercial e industrial propias de las empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta.”(subrayado fuera de texto).*

De estas excepciones que terminaron rebasando el espíritu de la norma, nos referiremos particularmente a aquellas que desplazaron a la Licitación Pública convirtiéndola en figura excepcional. Para empezar tenemos la excepción por la menor cuantía, la cual el numeral a) estableció de acuerdo a los presupuestos de las entidades expresados en salarios mínimos vigentes, esta causal fue quizá la

que más desplazó a la licitación pública puesto que el reglamento del Decreto Reglamentario 855 de 1994 creó procedimientos sencillos únicamente basados en la cuantía así:

*Artículo 3.- Para la celebración de los contratos a que se refieren los literales a) y d) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, **se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas.** (Negritas son mías). La solicitud de la oferta podía ser verbal o escrita pero la oferta como tal siempre debía ser escrita.*

El otro procedimiento trataba los contratos cuya cuantía no superaba el 10% de los montos señalados en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los cuales se celebraban **tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas**, es decir a través de simples cotizaciones pero que en últimas no implicaban un ejercicio comparativo de ofertas.

Por último el reglamento estableció un tercer mecanismo basado igualmente en la cuantía para la celebración de contratos cuyo valor oscilaba entre los 100 SMLMV pero que a su vez superaban el 50% de la menor cuantía de la respectiva entidad, a los cuales les era aplicable la figura de la **invitación pública**, que consistía en la publicación de un aviso en un lugar visible por el término no menor de dos (2) días, pero del cual se podía prescindir si la necesidad de la contratación era inminente. Sin embargo el parágrafo del artículo 3 del Decreto Reglamentario 855 de 1994, estableció un régimen de excepciones a las excepciones cuando:

- a. Se haya solicitado las dos (2) ofertas y solo se reciba una de ellas
- b. En el lugar no existan varias personas que puedan proveer los bienes y servicios.
- c. Se trate de contratos *intuitu personae*.
- d. La necesidad del bien o servicio es inminente y no permita solicitar varias ofertas.

De todo lo anterior se dejará constancia escrita.

Salvo la condición *intuitu personae* predicable de los contratos de prestación de servicios profesionales o artísticos más que para suministro de bienes, consideramos que las demás excepciones son una réplica en menor escala de las que corresponde a las de falta de pluralidad de oferentes, urgencia manifiesta y la figura del proveedor único, que actualmente solo se puede predicar de la inexistencia de proponentes en el mercado, término muy distinto al de *lugar* que utilizaba el Decreto Reglamentario 855 de 1994.

“En cuanto a la excepción del literal establecida en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, numeral primero, literales h) y j)”<sup>5</sup>; el nuevo estatuto unificó el criterio a la falta de pluralidad de oferentes en el mercado, es decir que no se trata de una simple falta de oferentes, sino que estos no se encuentren en el mercado es decir que no se encuentre el proveedor dentro del sistema de oferta y demanda del bien o servicio requerido por la entidad y no de la simple falta de voluntad participativa frente a lo cual las entidades deben propender por lograr la pluralidad de ofertas que es en esencia lo que implica la selección objetiva.

No fue sino hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 cuando en su artículo 2 numeral 1 consagra a la Licitación Pública como la regla general de contratación: *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.*

Lo anterior significa que, salvo las causales de contratación previstas en los citados numerales que corresponde a la Selección Abreviada (numeral 2), Concurso de Méritos (numeral 3) y Contratación Directa (numeral 4), todo lo demás sin atender a naturaleza o cuantías, se contrata por Licitación Pública.

---

<sup>5</sup> Ley 80 de 1993, numeral primero, literales: (...) h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

### 3. LA PLANEACIÓN COMO PRINCIPIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Este importante principio fue olvidado durante la vigencia de la Ley 80 de 1993 que superficialmente lo tocó dentro del principio de economía en los numerales 6, 7 y 12 de su artículo 25: *Del principio de economía. En virtud de este principio:*

*“ 6) las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.*

*7) la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*

*12) Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.” (Subrayado fuera del texto).*

En virtud de este principio las actuaciones precontractuales de la Administración pública deben ser planificadas desde los aspectos financiero, técnico y jurídico.

**Aspecto financiero.** En el aspecto financiero corresponden a debida programación y ejecución presupuestales que garanticen la financiación del contrato, el comúnmente denominado certificado de disponibilidad presupuestal o CDP

**Certificado de disponibilidad.** El certificado de disponibilidad presupuestal – CDP-, es el documento por medio del cual se garantiza la existencia del rubro o imputación presupuestal de la cual se afectará el presupuesto de la entidad con destino al contrato, esto en principio permite que tal gasto o inversión se afecte en consonancia con los planes de inversión, gastos y planes de desarrollo. Sin la debida disponibilidad presupuestal será imposible contratar o abrir procesos de selección, esto entontes demanda de las entidades públicas la debida programación de sus inversiones y evita a futuro la desfinanciación de los proyectos, obras y funcionamiento de la Administración así como el perjuicio económico que puedan causar al contratista que por mucho tiempo condujo a que el Estado sea condenado a pagar indemnizaciones a los particulares por la improvisación presupuestal y financiera de los administradores públicos.

La existencia de recursos suficientes que permitan la efectiva contratación no se limitan hoy en día a la simple expedición del CDP sino a un serio estudio de factibilidad financiera de las obras publicas especialmente, sus fuentes de financiamiento y la capacidad económica tanto de la entidad como de los posibles oferentes, todo esto dentro del marco preparatorio de la contratación o proceso de selección.

Este aspecto no únicamente tiene que ver con la planeación de la contratación sino que como lo dijimos anteriormente, tiene una relación directa con el equilibrio contractual, pues la falta de recursos públicos para la ejecución de un contrato no puede ser trasladada al patrimonio del contratista.

**Aspecto técnico.** El aspecto técnico de la planeación contractual hace referencia a la necesidad y obligatoriedad de contar previamente con la elaboración de los planos, diseños y proyectos sobre los cuales se basa y estructura el objeto del contrato y los pliegos de condiciones, los cuales también deben estar incluidos en los respectivos planes de desarrollo de las entidades, es decir, que en especial las obras que pretendan ejecutar las entidades estatales deben obedecer a estudios serios de factibilidad, viabilidad técnica y sobretodo que estén contemplados en los planes y programas de las mismas y no sean producto de la improvisación, la conveniencia y beneficio particulares. Es por ello que hoy en día las obras deben contar con el certificado del banco de proyectos, el cual garantiza que la obra o proyecto está incluida en los planes y programas de la entidad.

Tanto el aspecto financiero como el técnico van de la mano pues lo segundo no sería posible sin lo primero, todo ello apunta a que el Estado logre la consecución de los fines que se propone la contratación pública, especialmente la protección del interés general y la prestación de los servicios públicos.

Ha sido muy frecuente y desalentador ver como muchos proyectos que no atendieron a estos requerimientos dejaron como resultado obras inconclusas, obras innecesarias, millonarias inversiones desperdiciadas y absoluto atraso social de las regiones.

**Aspecto jurídico.** Ligado al aspecto financiero y técnico también se encuentra lo relacionado a las autorizaciones y aprobaciones con las cuales debe contar la contratación estatal, al respecto el principio de planeación indica que previa a la celebración del contrato o proceso de selección es menester de las entidades contar con las autorizaciones o aprobaciones necesarias para la celebración y cabal ejecución del objeto contractual, lo cual tiene una enorme importancia en la legalidad de los procesos contractuales toda vez que estas exigencias hacen referencia a la necesidad de que los funcionarios encargados de la contratación cuenten con las facultades para ello es así como los gobernadores y alcaldes deberán contar con las autorizaciones de la asamblea departamental y concejo municipal respectivamente, o los gerentes de los establecimientos públicos respecto de las juntas directivas, lo mismo que los funcionarios que precisan delegación para contratar cuentan con el respectivo acto administrativo, so pena de que el proceso de selección o contrato adolezcan de nulidad.

También tiene relación esta exigencia desde el punto de vista técnico y ambiental, pues previo al contrato o proceso de selección se deberá contar con las

respectivas licencias de construcción, ambientales u otro tipo de autorización especial según el caso, sin las cuales no se podrá celebrar o ejecutar el contrato.

Sin duda que estos aspectos previos inciden en la legalidad y viabilidad del contrato estatal y no son pocos los casos en que por falta de estos se han visto seriamente perjudicados los intereses de la comunidad y los recursos públicos.

Al respecto el H. Consejo de Estado expresa:

En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (art. 25 num.6); igualmente, deben con anterioridad al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (art. 25 num. 7), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (art.25, num.12)<sup>6</sup>.

Es así como el artículo 3 del decreto reglamentario 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007 hizo no solamente obligatoria la inclusión y observancia de estos requisitos sino que también extendió tal obligatoriedad a la publicidad y disponibilidad de los mismos para que estos sean consultados por los interesados, además los convirtió en parte integrante de los pliegos de condiciones como una sola estructura del proceso de selección y del contrato mismo.

La norma fue más allá y estableció un contenido básico de los estudios previos los cuales deben cumplir con unos elementos mínimos a saber<sup>7</sup>:

*“1.- La descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación”,* la que podríamos calificar como la primera forma de justificar la contratación, siendo por tanto un elemento fundamental para la estructuración del objeto contractual el cual debe guardar relación directa con lo enunciado por el artículo 3 de la ley 80 de 1993: cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Por tanto, aquí la necesidad de la contratación no puede ser otra que una necesidad pública.

*“2.- La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar”,* la descripción del objeto debe ser coherente y precisa y sobretodo abarcar todas las acciones que se requieren para satisfacer

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia 24715, diciembre 3 de 2007 M.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>7</sup> Decreto 2474 de 2008, Artículo 3°. Contenido mínimo del pliego de condiciones

la necesidad pública, la confección del objeto nos permite identificar el proceso de selección a seguir, las especificaciones del mismo y las obligaciones que de él se derivan. El objeto del contrato será el resultado de un estudio serio de la necesidad de la administración, la cual también nos indica el tipo de contrato que se debe celebrar.

La Ley 80 de 1993 ofrece criterios para identificar los contratos estatales pero estableció cinco tipos de contratos:

*“Artículo 32”:* son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado, o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo, se definen a continuación:

- Contrato de obra.
- Contrato de consultoría.
- Contrato de prestación de servicios.
- Contrato de concesión.
- Encargos fiduciarios y fiducia pública.

*“3.- Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección”, esto indica que la entidad previo a la contratación o proceso de selección debe establecer cuáles son los fundamentos jurídicos que respaldan la contratación, los cuales tienen asidero en el estatuto de la contratación estatal pero también en el derecho privado por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.*

*“4.- El análisis que soporta el valor estimado del contrato”, lo cual creemos, desmonta la simpleza del anterior procedimiento de conseguir cotizaciones o propuestas, sino que el valor del contrato resulta de un estudio ponderado de precios más costos asociados al contrato tales como impuestos, imprevistos, utilidades etc que permitan la confección de presupuestos acordes a la realidad del contrato y se eviten los sobrecostos o la desfinanciación del mismo.*

*“5.- La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable”, a todas luces el nuevo estatuto busca que la Administración logre conseguir ofertas que no únicamente satisfagan las necesidades públicas sino que las mismas representen una relación costo beneficio favorable a los intereses del Estado, pero con el fin de evitar la confección de formulas de evaluación tendenciosas, el decreto contempló la obligación de justificar los factores de selección de los contratistas lo que exige obviamente la planeación de este proceso.*

*“6.- El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”, esta*

innovación del estatuto contractual será un punto especial del cual haremos referencia más adelante.

*“7.- Análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular”, de igual manera sobre este punto trataremos en el acápite de garantías.*

Como hemos podido observar, el principio de planeación se encuentra inmerso dentro del principio de economía, puesto que la planeación conduce a lograr los objetivos del principio de economía, esto es, adelantar los tramites con austeridad de tiempo, medios y gastos.

Por su parte la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008 hicieron más técnico y organizado el procedimiento contractual que persigue una contratación técnica, jurídica y financieramente sustentada, planeada y justificada, que permitan una contratación eficiente y eficaz.

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado que:

*“Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato “significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generen situaciones contrarias a la ley”<sup>8</sup>.*

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit., expediente 10439.

#### 4. TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

“Sin duda alguna esta figura es una de las más innovadoras de la reforma a la contratación estatal, pues al incluir un estudio de riesgos a través de su tipificación, de su estimación y de su asignación, las partes conocen desde el principio los posibles riesgos o eventualidades que rodean la ejecución del contrato y cuál de ellas corresponde prevenirlas y conjurarlas”<sup>9</sup>. Este mecanismo se constituye en una importante herramienta que permite evitar litigios contractuales y detrimentos patrimoniales al erario público, ya que quedará claro desde la etapa precontractual cuales y porqué montos, son los riesgos que asumen el Estado y el particular respectivamente.

El artículo 4 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.”*

Así mismo, la citada norma creó una nueva audiencia dentro del proceso licitatorio: *“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”* audiencia que en la práctica se ha denominado audiencia de distribución de riesgos.

La norma nos trae conceptos novedosos en el estudio de riesgos de la contratación estatal, ordena:

- *tipificar*
- *estimar y,*
- *asignar riesgos previsibles*

**Noción de riesgo previsible.** El código de comercio en su artículo 1054 define el *riesgo* dentro del contrato de seguro como *el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.*

Si decimos entonces que el riesgo es un hecho futuro e incierto ajeno a la voluntad de las partes, es porque tiene de suyo una naturaleza impredecible, pero si previsible según el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, por lo que podríamos considerar este punto como un acuerdo prenegocial dentro de la licitación pública.

---

<sup>9</sup> BECERRA SALAZAR Álvaro Darío. De los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación. LEYER, 2008.

Los riesgos previsibles son aquellos hechos futuros e inciertos que son visualizados por las partes como posibles de ocurrir y afectar el objeto y ejecución del contrato.

**Noción de tipificación.** Entiéndase entonces como tipificar: la acción de describir lo que constituye en riesgo, en palabras del autor ALVARO DARIO BECERRA SALAZAR<sup>10</sup> *señala los hechos de la humanidad o de la naturaleza que en un futuro pueden ocasionar daño para la estructura económica del contrato.*

**Noción de estimación.** La estimación, debe tenerse como la acción de estimar o valorar los riesgos tipificados, es decir, darles un valor a los mismos.

**Noción de asignación.** La asignación, la acción de imputar la responsabilidad y consecuencias de la ocurrencia del riesgo a una de las partes contractuales.

Este trabajo debe estar previamente elaborado por la entidad e integrado a los pliegos de condiciones para su posterior discusión en la audiencia de riesgos dispuesta por el artículo 4, una vez agotada esta instancia se entienden aceptados los riesgos y la presentación de las ofertas es el acto que ratifica tal aceptación la que posterior a ello no admite nuevas discusiones.

Creemos que se ha tomado a la ligera este importante paso dentro de la licitación pública, pues en lo que corresponde a las entidades la elaboración de estudio de riesgos no es una actividad producto de un verdadero ejercicio intelectual, técnico y financiero y por parte de los oferentes es casi inusual el desarrollo de las audiencias de riesgos, lo que indica que los oferentes aceptan sin mayor análisis los riesgos establecidos por las entidades en los pliegos de condiciones.

---

<sup>10</sup> Ibíd.

## 5. REGLA DE SUBSANABILIDAD. PRIMACIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO FORMAL

El parágrafo 1 del artículo 5 de La ley 1150 de 2007 dispuso que *“la ausencia de requisitos o 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.”*

Este importante cambio es la clara respuesta a una vieja práctica que por años sirvió de excusa para descartar proponentes en las licitaciones y concursos públicos, cual fue la ausencia de documentos irrelevantes pero que tenían categoría de causal de rechazo, es así como podíamos encontrar que en el desarrollo de una licitación pública era frecuente rechazar una propuesta por la no presentación de la copia de la cédula del proponente por ejemplo o la falta de autenticación de un documento, y eso que el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 ya prohibía la exigencia de sellos, autenticaciones o tramites innecesarios, así mismo la ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término *subsana* o *subsana* para referirse a la posibilidad que tendría un proponente para corregir algún elemento de su oferta y evitar que esta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable, sin embargo esta norma se interpretaba de consuno con la frase final del numeral 7 del artículo 30 de la misma ley, el cual continúa vigente, que permite a las entidades licitantes *“solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”* durante el término para la evaluación, y también con el numeral 8 del mismo artículo que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas.

Esta situación, o al menos la posibilidad de hacer la anterior interpretación de las normas legales, cambia sustancialmente con la regulación de la Ley 1150 de 2007, puesto que, en primer lugar distinguió los requisitos habilitantes de los evaluables; en segundo lugar, entregó a las cámaras de comercio la verificación de los habilitantes; en tercer lugar, la discusión sobre este tipo de requisitos se debe hacer ante la misma cámara y ante el juez administrativo, y por último, aclaró que le corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito<sup>11</sup>.

El principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal obliga a que las entidades únicamente tengan en cuenta los documentos y requisitos que habilitan

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de consulta y servicio civil, radicación 11001-03-06-000-2010-0034-00.

al proponente y que sirven para la comparación de las propuestas, por tanto los documentos que no constituyen criterio de evaluación no son suficiente excusa para rechazar una propuesta.

El decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007 hace expreso el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal inclusive prohíbe a las entidades señalar taxativamente en los pliegos de condiciones cuales documentos son subsanables y cuáles no. Sin embargo la reglamentación fue más allá y rebasó las potestades otorgadas al establecer un plazo para subsanar aquellos documentos que no constituyen factor de calificación.

El artículo 10 del decreto reglamentario 2474 de 2008 estableció que estos documentos subsanables pueden ser requeridos por la entidad *en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones*, situación que contrariaba lo dicho por el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 que en forma muy diferente estableció que estos documentos *“podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación*. De tal manera que la diferencia de textos llevó a que el Consejo de Estado mediante fallo del 14 de abril de 2010<sup>12</sup>, suspendiera ese texto del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 y declarase que:

“De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar "hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”

De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se"...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo", y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión "...o hasta el momento en que la entidad lo establezca

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)

en los pliegos de condiciones..." contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto reglamentario 2474 de 2008".

## 6. LA GRATUIDAD DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

El cobro por los pliegos de condiciones fue una práctica excluyente e inveterada del anterior régimen que hacia nugatorio el principio de libre concurrencia, pues las entidades fijaban costos elevadísimos por los pliegos de condiciones que hacían inasequible la participación de los interesados en el proceso y que por supuesto favorecía a quienes tenían la capacidad económica para arriesgar el valor invertido por la adquisición de los mismos. Siendo que el pliego de condiciones es el acto administrativo contentivo del reglamento de la licitación, su desconocimiento hacia improbable la participación en el proceso, por lo tanto al permitirse a las entidades del Estado cobrar unos derechos o valores a su arbitrio por expedir un ejemplar de los pliegos de condiciones, echaron a tierra los principios de transparencia, selección objetiva y libre concurrencia que enmarcan una licitación pública.

Ponerle precio al pliego de condiciones no solo resulta excluyente sino que desconoce el principio de publicidad de los actos administrativos y desnaturaliza al pliego de condiciones como acto administrativo de carácter general. Tanto el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) como la nueva Constitución Política de 1991 eran pretéritos al Estatuto de la Ley 80 de 1993, señalaban la publicidad como un principio de la administración pública y que tanto los actos como los documentos públicos debían publicarse y ponerse a disposición de los interesados, salvo aquellos que por ley tengan carácter de reserva.

En jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza del pliego de condiciones, el alto tribunal sentenció: *Es digno de señalar por la Sala que los pliegos de condiciones o términos de referencia han sido definidos por la jurisprudencia y la doctrina como **la ley del contrato** indicando con ello su intangibilidad y obligatoriedad. Pero no son formal ni materialmente leyes, son actos administrativos de contenido reglamentario, que por lo mismo carecen de la virtualidad de crear unan excepción al artículo 74 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental a la información.* – subrayado es nuestro<sup>13</sup>.

Así mismo: “el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general (...) – subrayado es nuestro”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado Sala de consulta y servicio civil. Concepto 1642 de junio 9 de 2005 M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit. Sentencia 1988-8431, junio 5 de 2008. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Siendo entonces el pliego de condiciones un acto administrativo de carácter general le era imperiosa su publicidad, y por tanto su acceso al no tener reserva legal, podía ser gratuito salvo la expedición de copias claramente autorizada por el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo, de tal manera que con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 tal situación quedó prohibida por el parágrafo 4 del numeral 4 del artículo 2 de la citada ley: *Las entidades estatales no podrán exigir el 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 correspondientes.*

Prohibición que consideramos importante por cuanto de acuerdo al numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 únicamente a solicitud de quienes retiraban los pliegos de condiciones podía celebrarse una audiencia con el objeto de precisar los alcances y contenido de los mismos, lo que obviamente impedía a quienes por el cobro del valor de los pliegos no hayan podido retirarlos.

“Hoy en día y a pesar de la prohibición, creemos que la publicación de este acto administrativo en el portal de contratación pública permite que sea inútil el cobro de valor alguno por los pliegos ya que estos pueden perfectamente obtenerse de manera gratuita desde internet”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Disponible em Internet: [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co).

## 7. BOLETÍN DE LICITACIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

El Decreto Reglamentario 2474 de 2008 simplificó el requisito precontractual de la publicación en el boletín de licitaciones de la Cámara de comercio, el cual se entiende surtido con la sola presentación de la solicitud de publicación en el mencionado boletín, esto permite que los términos licitatorios se acorten logrando mayor celeridad en los procesos.

De esta manera lo estableció el parágrafo 4 del artículo 8 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008:

*“La información general sobre las licitaciones públicas que la entidad pretenda abrir será remitida electrónicamente con antelación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones, a la Cámara de Comercio correspondiente, con el fin de integrar el boletín mensual. Hecha esta remisión, el requisito de publicación se entenderá cumplido por parte de la entidad contratante. La publicación del boletín no es requisito para la apertura del proceso, ni conlleva la obligación de la entidad de dar el curso del mismo. En todo caso, la entidad publicará con el proyecto de pliego de condiciones, la constancia de envío de la información a la respectiva Cámara de Comercio”.*

Dadas las actuales circunstancias, la reforma incorpora una obligación de publicar todos los actos de los procesos de selección en el SECOP como regla general, luego no es acorde con el principio de economía insistir en la publicación de los boletines de las cámaras de comercio, pues resulta inficioso este trámite ya que tanto el proyecto de pliego de condiciones, como los documentos y estudios previos, están al alcance de todos los interesados a través del portal único de contratación pública y más aun cuando la misma norma da por cumplido el requisito con la sola remisión de la información por parte de la entidad. Y si la publicación en el boletín no incide en la apertura ni en el desarrollo del proceso de licitación, no se encuentra una razón práctica para insistir en este trámite cuando el escenario para publicar la información es el SECOP.

## 8. LOS REQUISITOS HABILITANTES Y EL NUEVO REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

Como se ha dicho anteriormente, la finalidad de la contratación estatal es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado propuestos en el artículo 2 de la Constitución Política y para dicho propósito el contrato administrativo se convierte en un instrumento mediante el cual se hacen efectivos tales objetivos constitucionales.

En este orden de ideas la Corte Constitucional ha sostenido que:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. Y agrega sobre el carácter instrumental del contrato que: En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado<sup>16</sup>.

De igual manera el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 confirió al particular que contrata con el Estado, el carácter de colaborador en la consecución de los fines estatales y le asigna a su labor como contratista, la naturaleza de función social.

Por tal razón es entendible que la nueva normatividad haya querido establecer unos criterios mínimos de idoneidad que garanticen efectivamente una verdadera y acertada selección objetiva de los contratistas, para ello el artículo 5 de la Ley 1150 incluyó en la reforma los llamados requisitos habilitantes que son la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, los cuales según la norma *serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje* a excepción de la experiencia que si es factor de calificación en el desarrollo del concurso de meritos para escoger consultores.

Entendemos entonces que los requisitos habilitantes son las condiciones en que se encuentra el proponente para poder participar en un proceso de selección que aseguran a la Administración la capacidad de comprometerse contractualmente con el Estado, de soportar las cargas económicas que la ejecución del objeto del contrato pueda demandar, así como también, que cuenta con una organización

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional Sentencia C-713-2009.

empresarial relacionada con sus operaciones, ingresos y personal vinculado o estructura administrativa del proponente; y la experiencia relacionada al objeto del contrato.

Con la implementación de estos requisitos el legislador asegura la igualdad y la libre concurrencia de los proponentes en los procesos de selección al respecto la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-713 de 2009 justificando la necesidad de estas condiciones de participación:

“De conformidad con el alcance dado al principio de libre concurrencia, encuentra la Sala que no vulnera el artículo 333 de la Carta, el no otorgamiento de puntaje a las condiciones del oferente, previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, **porque lo que garantiza la Constitución es la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual, y la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración**, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa, además, que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no hacen presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la administración.” (Negritas fuera de texto).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha emitido al respecto el siguiente concepto:

*“los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como “requisitos habilitantes” que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo, los cuales sólo son susceptibles de verificación de las cámaras de comercio... las cuales deben hacerla de forma general de manera que sirva para cualquier licitación. Estos requisitos deben estar enmarcados dentro de la proporcionalidad y naturaleza del contrato, lo cual según el citado concepto: significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas a aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato.*

Por último el Consejo de Estado puntualiza respecto de los requisitos habilitantes como las *condiciones del oferente que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que deben tener para cumplir con el contrato proyectado.*

La función de verificación de los requisitos habilitantes le fue conferida a las Cámaras de Comercio, y con ello se creó la figura del Registro único de proponentes, la cual no es en sí una novedad del actual estatuto de contratación

pública toda vez que el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y posteriores decretos reglamentarios ya lo habían previsto; sin embargo los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007 lo ratificaron nuevamente pero su aplicación real y material dejó de ser obligatorio para constructores y grandes proveedores sino que lo hizo extensivo a todo aquel que *aspire a celebrar contratos con la entidades estatales*, excepción únicamente prevista para aquellos contratos inferiores al 10% de la menor cuantía. Hoy en día podemos ver que el registro único de proponentes es un documento de obligatorio cumplimiento y regla general en el quehacer contractual del Estado.

“El reciente fallo del Consejo de Estado del 14 de abril de 2010”<sup>17</sup>, hizo precisiones sobre el RUP que apoyan lo dicho en el presente trabajo sobre la generalidad de este requisito en el actual estatuto:

*“Para dar una respuesta adecuada al cargo formulado, es necesario aclarar que, aunque la Ley 1150 de 2007 introdujo varias e importantes reformas en distintos aspectos del RUP, éste conservó su esencia. En efecto, como indica la doctrina, la aplicación del principio de igualdad a los procedimientos de selección de contratistas, viabiliza la existencia de un listado previo de potenciales aspirantes que facilite la labor de escogencia de la entidad estatal, toda vez que, esto posibilita tener un conocimiento no sólo amplio sino previo de las características de quienes pretenden contratar con la Administración y evita que cada vez que se abre un proceso licitatorio dicho conocimiento deba iniciar de cero. Esta circunstancia a su vez es una herramienta que sirve para asegurar una selección de carácter objetivo. En otros términos, se trata de “un listado de proveedores en el que los potenciales contratistas del Estado se inscriben, clasifican y califican según determinados criterios, generando una aptitud genérica para contratar y reconociendo una idoneidad mínima.” Por consiguiente, el RUP es un requisito para poder presentar ofertas, su finalidad no es otra distinta a calificar “moral, técnica y financieramente” a los oferentes. Como indica **Dromi**, “la inscripción es una patente de idoneidad jurídica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato, por eso se le ha denominado también ‘habilitación de los licitadores’, ‘calificación de oferentes’ o ‘condiciones subjetivas de los licitadores.’ Dado que esta labor no se puede realizar cada que se abre un procedimiento de selección, la inscripción, calificación y la clasificación de las que aquí se habla se ha confiado a la Cámara de Comercio, razón por la cual ostenta el carácter de registro único.”*

De lo dicho por el Consejo de Estado cabe destacar que el RUP constituye plena prueba de las condiciones del proponente y que la labor de las Cámaras de Comercio es de verificación lo cual hace que la entidad no tenga la obligación de escrutar la información del proponente más allá de lo revisado por las Cámaras de

---

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit., Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).

Comercio y que se presuma de la buena fe y legitimidad de la información del proponente, aspecto que el numeral 14 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 1464 de 2010 puntualiza:

*“Los requisitos habilitantes son las condiciones de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización, de los proponentes que se les exige para la participación en el proceso de selección, conforme las condiciones del contrato a suscribir y su valor.*

*Los requisitos habilitantes serán exigidos por las entidades en los pliegos de condiciones, bajo los mismos parámetros con que se incluyen en el certificado expedido por la Cámara de Comercio, siempre que se trate de información que de conformidad con el presente decreto deba constar en el RUP, sin perjuicio de la solicitud de información adicional de los proponentes de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 6.1 de la Ley 1150 de 2007.”*

El decreto reglamentario 1464 de 2010 es la más reciente reglamentación del RUP, en él quedó establecida su obligatoriedad como hemos dicho, las características del registro y las excepciones a su presentación, entre ellas destacamos las siguientes:

- Define lo concerniente a los requisitos habilitantes y la correspondencia y proporcionalidad de estos con los pliegos de condiciones y la naturaleza del contrato a suscribir, así como también la subsidiariedad de solicitar información no contemplada en el RUP.
- La información es verificada por las cámaras de comercio pero es suministrada por los proponentes, es decir, que de ellos depende la clasificación y calificación que se les otorgue en el RUP.
- Es público, lo que permite ser consultado por cualquier interesado y obtenerse copias gratuitamente.
- Es obligatorio para todas las personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a contratar con el Estado.
- Tiene vigencia de un (1) año, al cabo del cual puede ser renovado.
- Puede ser modificado o actualizado dentro del periodo de vigencia en cualquier momento.
- La calificación y clasificación del proponente en el RUP puede ser impugnada si se encuentra que hay falsedad en la información.

- constituye plena prueba de la información del proponente, por tanto no es necesario que las entidades verifiquen lo verificado por las Cámaras de comercio.
- No se requerirá del RUP no de calificación y clasificación en los casos de contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado, contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los 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 estos casos corresponde a la entidad verificar las condiciones de los proponentes.

De lo expuesto en este punto podemos concluir que el objetivo de establecer unos requisitos habilitantes y de confiar su verificación a las Cámaras de comercio, es el de asegurar una selección objetiva basada en las mismas condiciones o al menos en similares condiciones para brindar igualdad e imparcialidad en los procesos de selección y limitar un poco la discrecionalidad desbordada de las entidades al establecer condiciones excluyentes, limitantes y amañadas en los procesos de selección.

## 9. EL NUEVO SISTEMA DE GARANTÍAS

El sistema de garantías dentro de la contratación estatal sufrió grandes e importantes transformaciones con la nueva reforma a la Ley 80 de 1993, tema que es preciso dividir en los siguientes puntos:

- Mecanismos de cobertura.
- Régimen de Riesgos.
- Suficiencia de las garantías.
- Cláusula de indemnidad.

### 9.1 MECANISMOS DE COBERTURA

El numeral 19 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció las garantías en la contratación estatal, el mismo que fuera reglamentado por el Decreto Reglamentario 679 de 1994 en los siguientes términos:

*“Artículo 16. Del objeto de la garantía única: La garantía única a que refiere el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales.”*

En vigencia de la citada norma, la figura de la garantía única de cumplimiento solo constaba en una póliza expedida por una compañía aseguradora legalmente autorizada o podía consistir en garantías bancarias.

*“Artículo 25, numeral 19, Ley 80 de 1993: (...) Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.”*

Con la reforma de la Ley 1150 de 2007, se deroga el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y entra a regir un nuevo orden jurídico en materia de garantías contractuales, es así como el artículo 7 de dicha ley trae importantes cambios, principalmente en la forma de la garantía única de cumplimiento, la cual ya no se limita a una póliza expedida por una compañía aseguradora legalmente autorizada para operar en Colombia o una garantía bancaria, como en su momento lo estableció la norma derogada, sino que a través de reglamento crea otros mecanismos de cobertura de riesgos de los que más adelante nos referiremos, también se destaca la forma de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. Igualmente la norma conservó un régimen de excepciones a la obligación de garantizar el cumplimiento del contrato, cuando se

trate de empréstitos, contratos interadministrativos, en los de seguros, pero agregó los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, 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.

Es así como entra en vigencia el Decreto Reglamentario 4828 de 2008 por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la ley 1150 de 2007 y extiende el alcance de las garantías contractuales, pues el anterior régimen solamente hacía referencia al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato, en cambio la nueva normatividad dispone que los nuevos mecanismos de cobertura garantizan el cumplimiento de las obligaciones surgidas a favor de las entidades públicas con ocasión de:

- La presentación de los ofrecimientos.
- Los contratos y su liquidación.
- Los riesgos a que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.
- Los demás riesgos a que se encuentre expuesta la Administración según el contrato.

El nuevo reglamento a contrario de su antecesor que no se ocupó del tema de los consorcios y uniones temporales en materia de garantías, este sí dejó clara que respecto de consorcios y uniones temporales las garantías debían ser otorgadas por todos los integrantes del proponente plural.

En cuanto a la forma de las garantías, como lo anunciamos anteriormente, estas ya no se limitan a la póliza de seguros expedida por una compañía legalmente autorizada en Colombia o a la garantía bancaria (que el decreto 679 de 1994 no precisó en que consistía), sino que el artículo 3 del decreto 4828 de 2008 trajo nuevos mecanismos de cobertura a saber:

- Póliza de seguros.
- Fiducia mercantil en garantía.
- Garantía bancaria a primer requerimiento.
- Endoso en garantía de títulos valores.
- Depósito de dinero en garantía.
- Cartas de crédito stand by expedidas en el exterior (cuando se trate de personas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia).

Por regla general, la garantía de responsabilidad civil extracontractual siempre será amparada mediante póliza de seguros.

Sin embargo en la práctica todavía no se han implementado en su totalidad los otros mecanismos de cobertura distintos a la póliza de seguros, debido a su

onerosidad y complejidad, pues no en todos los casos los proponentes están en las condiciones financieras para soportar una fiducia mercantil o un depósito de dinero, igualmente las entidades públicas todavía no han hecho exigible o alternativo en los pliegos de condiciones y en los contratos, la presentación de cualquiera de las otras formas de aseguramiento del contrato, por lo que consideramos que por mucho tiempo seguirá siendo la póliza de seguros el mecanismo de cobertura contractual del Estado por excelencia.

## 9.2 RÉGIMEN DE RIESGOS

Así mismo los riesgos a cubrir con la garantía única de cumplimiento consistían en: **Seriedad del ofrecimiento**, el cual no podía ser inferior al 10% de la propuesta o del presupuesto oficial y en caso de licitaciones para la concesión de espacios televisivos, la garantía ascendía al 1.5% del valor total del espacio licitado.

El artículo 17 del decreto reglamentario 679 de 1994 amplía los amparos de acuerdo a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como: **buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado**, equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado; **cumplimiento**, el cual no podía ser inferior al monto de la cláusula penal ni al diez por ciento (10%) del valor del contrato; **amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones** que será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y cuya vigencia debía extenderse a la duración del contrato y 3 años más. **Estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos** eran amparos que se dejaba al criterio de las entidades contratantes de acuerdo a las condiciones del contrato, a la legislación civil y comercial, pero que en todo caso el contratista debía responder por la garantía presunta por los denominados vicios ocultos, aunque la vigencia de estos últimos amparos era a criterio o según necesidades de la entidad, la norma si estableció una vigencia mínima de cinco (5) años para la garantía de estabilidad de la obra.

Por último se encontraba la garantía de **responsabilidad civil extracontractual o frente a terceros** exigible en los contratos de obra y en los que considere necesaria la entidad contratante, derivada de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.

El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 estableció las vigencias de las garantías hasta la liquidación del respectivo contrato y destacó la no obligatoriedad de extender garantías en los casos de contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

La reforma y más concretamente el Decreto Reglamentario 4828 de 2008 determinó los alcances del incumplimiento de las obligaciones contractuales y del ofrecimiento y describe los eventos que se consideran incumplimiento y configuran el siniestro, los cuales se encuentran definidos en el artículo 4 del citado decreto:

***“Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:*** Es decir aquellos que debe cubrir la garantía de seriedad de la oferta:

- *La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.*
- *La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el termino previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el termino para suscribir el contrato se prorrogue siempre y cuando el termino de las prorrogas no excedan de tres (3) meses.*
- *La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía única de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.*
- *El retiro de la oferta después de vencido el termino fijado para la presentación de las propuestas.*
- *La falta de pago de los derechos de publicación en el diario único de contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.”*

La norma al incluir entre los riesgos derivados de incumplimiento de la oferta el no pago de publicación del contrato y la no constitución de la garantía única de cumplimiento del mismo pretendió cubrir con garantía un eventual incumplimiento en la legalización del contrato.

En la práctica se podrán incluir otros riesgos de incumplimiento que obstaculicen la iniciación de la ejecución del contrato.

***Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:*** Es decir aquellos que la garantía debe cubrir respecto del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista:

**Buen manejo y correcta inversión del anticipo.** El cual cubre a la entidad estatal de los perjuicios sufridos con ocasión de:

- La no inversión,
- El uso indebido, y
- La apropiación de los dineros entregados al contratista para la ejecución del contrato.

Sobra mencionar la necesidad e importancia de este amparo ante los últimos acontecimientos del denominado carrusel de la contratación pública, sin embargo es importante una limitación racional de los anticipos en los contratos de obra especialmente, que consideramos no necesariamente deben ser del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, este riesgo disminuiría significativamente si ponderamos la dimensión de la obra, las condiciones económicas del proponente seleccionado y los costos o presupuesto de la obra, que permitirían pactar anticipos de menos porcentaje, así como también el manejo conjunto del mismo entre entidad y contratista, o establecer en los pliegos de condiciones puntajes adicionales a quienes ofrezcan trabajar sin anticipo o con anticipos inferiores a los fijados por la entidad en los pliegos de condiciones. Sin bien esto podría estimular una contratación más eficiente y menos riesgosa, también resultaría excluyente para aquellos profesionales o empresas que inicien su incursión en la contratación estatal.

**Devolución del pago anticipado.** Este resulta ser un nuevo riesgo dentro de la reforma pues el anterior decreto reglamentario 679 de 1994 incluía el pago anticipado dentro del amparo de buen manejo e inversión del anticipo, en este caso la nueva norma lo deslinda y lo constituye en amparo de devolución pago anticipado el cual cubre a la entidad de los perjuicios sufridos con ocasión de la no devolución total o parcial de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado.

Aquí es preciso anotar que la diferencia entre anticipo y pago anticipado se predica de que en el primero, los recursos entregados como anticipo siguen siendo recursos públicos, por tanto estos no ingresan al patrimonio del contratista y deben ser invertidos exclusivamente en la ejecución del contrato, en cambio, los recursos entregados a título de pago anticipado son recursos que ingresan al patrimonio del contratista como un pago total o parcial del contrato antes de su ejecución, esta modalidad de pago se aplica generalmente en los contratos de suministro y tanto el anticipo como el pago anticipado no pueden pactarse en contratos de prestación de servicios. Al respecto el Consejo de Estado<sup>18</sup> en relación con la naturaleza jurídica del anticipo ha dicho que: “(...) *no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos*”.

El anticipo a contrario del pago anticipado se considera como un préstamo al contratista para que inicie la ejecución del contrato, otro fallo del Consejo de Estado<sup>19</sup> ha determinado este alcance del anticipo:

---

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit. Sentencia 10.607 del 13 de septiembre de 1999.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit., sentencia 13436 de junio 22 de 2001.

*“En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aun el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo (...) el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de **préstamo**.”*

*Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”.*

Queda claro entonces cuales es la naturaleza de los recursos que comprenden el anticipo y el pago anticipado y la inminente necesidad en uno y otro caso de su protección a través de la garantía única de cumplimiento, sin embargo tal diferenciación no estaba en la anterior normatividad.

### **9.3 SUFICIENCIA DE LAS GARANTÍAS**

Básicamente se conservaron los porcentajes y vigencias del decreto reglamentario 679 de 1994 en cuanto a las garantías de seriedad de la oferta, buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento, pago de salarios e indemnizaciones laborales y estabilidad de la obra; sin embargo el Decreto Reglamentario 4828 de 2008 a menos de un año de expedido sufrió su primera reforma a través del Decreto Reglamentario 2493 de 2009 vigente y que trajo los siguientes criterios de valoración de la suficiencia de la garantía única de cumplimiento:

**Cuadro 1. Suficiencia de las garantías**

<b>AMPARO</b>	<b>COBERTURA</b>	<b>VIGENCIA</b>
<b>SERIEDAD DE LA OFERTA</b>	No podrá ser inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial. Cuando el presupuesto oficial se encuentre entre 1 y 5 millones de SMMLV, la garantía no podrá ser inferior al 2.5% de dicho presupuesto. Cuando el presupuesto oficial oscile entre 5 y 10 millones de SMMLV, la garantía no podrá ser inferior al 1%. Si el presupuesto supera los 10 millones de SMMLV, la garantía no podrá ser inferior al 0.5%. Para licitaciones de espacios televisivos, la garantía se mantiene en el 1.5%.	Desde el momento de la presentación de la propuesta hasta la aprobación de la garantía en la etapa contractual.
<b>BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO</b>	Equivalente al 100% del valor del anticipo.	Hasta la liquidación del contrato.
<b>PAGO ANTICIPADO</b>	Equivalente al 100% del valor del pago anticipado.	Hasta la liquidación del contrato.
<b>CUMPLIMIENTO</b>	No podrá ser inferior al 10% del valor del contrato o como mínimo será equivalente a la cláusula penal.	Duración del contrato y hasta su liquidación.
<b>PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES</b>	No podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato.	Duración del contrato y tres (3) años más.
<b>ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA</b>	Se determinará en cada caso según el objeto, valor, naturaleza y obligaciones del contrato.	A partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad contratante y no será inferior a cinco (5) años, salvo que técnicamente se justifique una vigencia inferior.
<b>CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS</b>	Se determinará en cada caso según el objeto, valor, naturaleza y obligaciones del contrato.	Por lo menos deberá cubrir el lapso que según la ley civil y comercial, corresponda a la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.
<b>CALIDAD DEL SERVICIO</b>	Se determinará en cada caso según el objeto, valor, naturaleza y obligaciones del contrato.	Se determinará en cada caso según el objeto, valor, naturaleza y obligaciones del contrato.
<b>RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL</b>	No podrá ser inferior al 5% del valor del contrato y en ningún caso inferior a 200 SMMLV al momento de la expedición de la póliza. En los contratos cuyo valor sea igual o mayor a 1 millón de SMMLV la póliza no podrá ser inferior a 35.000 SMMLV y en todo caso no superior a 75.000 SMMLV.	Por todo el periodo de duración del contrato.

*Fuente. Este estudio*

#### **9.4 CLAUSULA DE INDEMNIDAD**

El artículo 6 del Decreto Reglamentario 4828 de 2008 estableció como una obligación la inclusión de la cláusula de indemnidad según la cual las partes pactan la obligación del contratista de mantener libre a la entidad contratante, de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se derive de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes.

Si bien es cierto que la cláusula de indemnidad pudiera resultar una medida preventiva para la responsabilidad de las entidades públicas en desarrollo de un contrato, consideramos que la misma en la práctica resulta de muy poca utilidad, puesto que el artículo 90 de la Constitución Política consagra el principio de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, principio que el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 acoge y la extiende a los contratistas, servidores públicos y entidades del Estado, de tal manera que la inclusión de la cláusula de indemnidad pierde su propósito inicial y en la práctica no sobrepasará el filtro constitucional del citado artículo 90, por lo que consideramos esta no pasa de ser un formalismo dentro de la responsabilidad extracontractual que le asiste al Estado y a sus agentes.

## 10. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

### ▪ La contratación directa modalidad excepcional.

Habíamos dicho que el anterior régimen de contratación estatal convirtió a la regla general en excepcional, esto es, que la principal figura de la contratación pública, la licitación, fue paulatinamente relegada a una modalidad de excepción y no a la generalidad que quiso la Ley 80 de 1993 por la contratación directa.

La reglamentación de dicha modalidad, el decreto reglamentario 855 de 1994, creó cuantías y formas de contratación que desvirtuaron la licitación pública, es así como al cuantificar la contratación surgieron otras formas como la invitación privada y la invitación pública para obtener un mínimo de ofertas con la confección de términos de referencia que contenían unas condiciones básicas para presentar las ofertas tales como: clase de servicio, oportunidad para presentar propuestas, referencia al régimen jurídico aplicable, criterios objetivos de contratación y fecha de celebración del contrato, que la Ley 1150 de 2007 derogó expresamente quedando como único documento válido el pliego de condiciones; formas que se convirtieron en práctica habitual de las entidades estatales.

Otra forma de generalizar la contratación directa fue la causal de declaratoria de desierto de la licitación pública, que permitía acudir a la contratación directa en caso de que un proceso licitatorio resultare declarado desierto.

Tanto lo uno como lo otro hicieron que la contratación directa fuese la modalidad aplicable para todo tipo de contratación sea esta suministro, obra o prestación de servicios. Con la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 el panorama cambia radicalmente y la contratación directa se convierte en modalidad excepcional tal como lo podemos ver en el numeral 4 del artículo 2 de la citada ley:

*“4.- Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (subrayado es nuestro).*

- a) urgencia manifiesta.*
- b) Contratación de empréstitos.*
- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.*
- d) La contratación de bienes y servicios del sector defensa y en el DAS, que necesiten reserva para su adquisición.*
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.*
- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien acuerdos de restructuración de pasivos.*
- g) cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado.*

- h) prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.*
- i) el arrendamiento y adquisición de inmuebles.”*

Fuera de estas causales no hay otras que deban conducir a que una entidad estatal acuda a la contratación directa y cómo podemos observar al hacer una sencilla comparación entre el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el actual 2 de la Ley 1150 de 2007, fueron trece las anteriores causales de contratación directa contra nueve que trae el nuevo régimen, es decir que cuatro fueron las que salieron de ordenamiento jurídico tales como:

- Contratos de menor cuantía.
- Declaratoria de desierto de la licitación pública o concurso.
- Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general cuando falte voluntad de participación.
- Cuando no exista pluralidad de oferentes.

Sobre estos ya hicimos el análisis respectivo cuando tratamos el tema de la licitación pública en el primer punto de nuestro ensayo. Sin embargo en las actuales circunstancias cabe mencionar que los contratos de menor cuantía y la declaratoria de desierto de una licitación pública o concurso, desaparecen como causales de contratación directa para convertirse en causales de Selección Abreviada, que si bien, no es propiamente una licitación pública si constituye una nueva modalidad de selección objetiva que implementó la reforma del 2007, dando prioridad a la selección plural de ofertas antes que a la contratación directa que era el propósito de la Ley 1150 de 2007.

En el caso de la falta de pluralidad de oferentes, esto significó en la práctica que si en una licitación o concurso acudía a presentar ofertas un solo proponente, pudiera declararse desierto el proceso sin haber sido valorada o calificada la única propuesta, situación que cambió diametralmente con la Ley 1150 de 2007 que obliga a las entidades a valorar y calificar la única propuesta y si esta cumple con las exigencias del pliego de condiciones deba entonces adjudicársele el contrato sin más discusiones que conduzcan a una declaración de desierto. Por tanto esta causal desapareció del orden jurídico actual tanto de la contratación directa como de la declaratoria de desierto de una licitación o concurso.

Respecto de la falta de presentación de propuestas o voluntad de participación, también tuvo la misma suerte que las anteriores y hoy en día es causal de selección abreviada, es decir que si una licitación pública o un concurso de meritos resultan desiertos por falta de proponentes, y la necesidad de la entidad persisten, se deberá convocar a una Selección Abreviada tantas veces sea necesario pero en ningún modo se acudirá a la Contratación Directa.

Nos referimos en particular a las causales g) y h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 por sus efectos prácticos en el ejercicio de la administración pública, los cuales están reglamentados por los artículos 81 y 82 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008, el primero relacionado con la pluralidad de oferentes guarda un claro distanciamiento con lo dispuesto en este aspecto por el literal J) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, pues la inexistencia de pluralidad de oferentes no hace relación al número de participantes de un proceso de selección sino a la falta de estos en el mercado cosa muy distinta y circunstancia que solo podrá probarse mediante registro único de proponentes de la Cámara de Comercio o a través de certificados de la Superintendencia de industria y comercio que demuestren que el bien o servicio son exclusivos, o de propiedad patentada del proponente, o certificados de las fabricas que demuestren la exclusividad de la venta y distribución del bien o servicio a cargo de determinada personal natural o jurídica en el país, de tal manera que la falta de pluralidad de oferentes en el mercado debe entenderse desde el contexto económico del concepto mercado como sistema de oferta y demanda de determinado bien o servicio.

En cuanto al literal h) que consagra la prestación de servicios, inicialmente la reglamentación hizo dos innovaciones, la primera, que los extendió a las personas jurídicas y lo segundo, que unificó los conceptos *prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*, dejando establecido que estos obedecen a aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad, lo que originó la imposibilidad de contratar servicios de tipo asistencial, operativos y logísticos que permitía el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, limitando a servicios netamente profesionales entendidos estos como aquellos relacionados al ejercicio de profesiones liberales.

Quedaba entonces la duda de que si servicios profesionales excluía la formación académica en carreras técnicas y tecnológicas, situación que a nuestro juicio no discrimina las carreras técnicas o tecnológicas dentro del contrato de prestación de servicios profesionales pues el artículo 7 de la ley 30 de 1992 de educación superior, determina que:

*“Los campos de acción de la educación superior son: el de la técnica, el de la ciencia, el de la tecnología, el de las humanidades, el del arte y el de la filosofía”.*

Así mismo el artículo 16 de la misma ley, considera como instituciones de educación superior tanto a las instituciones técnicas profesionales, las universitarias o escuelas tecnológicas como a las universidades. De tal manera que no hay razón para dudar del alcance del contrato de servicios profesionales dentro del ámbito de la formación académica.

La unificación del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión requirió una claridad que permitiera a las entidades discernir cuando es un

servicio profesional y cuando es de apoyo a la gestión, es entonces cuando el artículo 82 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 y después de haber generado traumatismos en las entidades que precisaban de esta contratación por su falta de personal o por la necesidad de servicios que no involucraban un ejercicio intelectual para el cumplimiento de sus funciones, es modificado por el Decreto Reglamentario 4266 de noviembre 12 de 2010 que en su parte motiva diferencia los conceptos de servicios profesionales, como aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría, que se realizan en función de la formación académica y experiencia del contratista (negrillas son nuestras); y los de apoyo a la gestión como aquellas actividades operativas, logísticas o asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad (negrillas son nuestras); quedando plasmados de esta manera los conceptos en el artículo 1 del decreto reglamentario 4266 de 2010.

Ahora bien la diferencia entre el contrato de prestación de servicios con el de consultoría radica según lo interpreta el Consejo de Estado en que *el “contrato de consultoría consiste básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos... de otro lado el contrato de prestación de servicios tiene actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad (...)*<sup>20</sup>.

Por su parte la doctrina hace la misma claridad pero en otros términos más aterrizados. *Si el contrato de servicios profesionales se desarrolla dentro del giro ordinario de las actividades de la entidad, es de apoyo a la gestión, pero si exige una creación intelectual, o la entrega de un resultado medido en modelos, es consultoría.*

Consideramos un acierto por parte del Gobierno la aclaración hecha en el decreto modificatorio por cuanto facilita a las entidades la solución a sus necesidades relacionadas con el giro ordinario de su funcionamiento.

Sin embargo la contratación directa no deja de ser un medio supletivo de contratación como lo sostuvimos al inicio del tema, con los nuevos pasos que el Decreto Reglamentario 2474 de 2008 incluyó para esta modalidad tales como: la obligatoriedad de contar con los respectivos estudios previo y la justificación de la contratación por medio de un acto administrativo (salvo para los de prestación de servicios y apoyo a la gestión) que contenga como mínimo: el señalamiento de la causa que se invoca, la determinación del objeto, el presupuesto para la contratación y la indicación del lugar donde se pueden consultar los estudios y documentos previos.

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit., Sentencia 30802 de noviembre 30 de 2006.

Todo lo anteriormente expuesto logrará sin duda alguna que la regla general sean los procesos de selección (licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos), pero también creemos que un valioso aporte de esta modalidad reformada es que se disminuirá significativamente el abuso de la contratación de prestación de servicios como medio distractor de la relación laboral lo que hacia futuro conllevará a que las entidades sean menos burocráticas y más eficientes.

En lo personal diríamos que se tendrá que pensar en modalidades de selección más dinámicas y ágiles, porque aunque son ahora regla general no por ello resultan acordes con las necesidades apremiantes de las entidades estatales ya que no se compadece que una entidad tenga que agotar procesos que en términos representan 20, 30 o más días para la contratación de bienes y servicios elementales para su funcionamiento como pueden ser los combustibles, la papelería, los insumos de aseo, por citar algunos ejemplos.

#### ▪ **La selección abreviada.**

Como novedad de la Ley 1150 de 2007 es la integración de una nueva modalidad de contratación pública denominada selección abreviada, la cual está prevista para aquellos casos en que por las *“características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual”*<sup>21</sup>.

Esta particular figura trajo consigo otra aun más novedosa pero de difícil aplicación práctica, la subasta inversa que a su vez puede ser presencial o electrónica, la primera ya viene aplicándose y la segunda aun está pendiente por la carencia de la tecnología necesaria para este tipo de procesos. “Pero se destaca de esta nueva modalidad que proceda para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, que además correspondan a aquellos que posean las mismas especificaciones técnicas, independientemente de su diseño y presentación”<sup>22</sup>, es decir el tipo de bienes o servicios que son de consumo o uso frecuente para el funcionamiento generalmente de las entidades públicas o que algunos han catalogado como bienes y servicios que se pueden estandarizar.

La entrada en acción de esta modalidad contractual desmontó la contratación directa de suministros como ya lo expusimos en el acápite anterior, pero también estableció dentro de sus causales algunas que en su momento fueron de contratación directa tales como la declaratoria de desierta de una licitación o

---

<sup>21</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales, sexta edición 2010. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. p. 364.

<sup>22</sup> Numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

concurso y los contratos de menor cuantía, para su aplicación se requieren los estudios y documentos previos, la elaboración de pliegos de condiciones, la publicidad de todo el proceso, la verificación de requisitos habilitantes o sea que precisa de la inscripción en el registro único de proponentes por parte de los oferentes y la evaluación o calificación de las propuestas.

En qué se diferencia entonces la selección abreviada de la licitación pública, principalmente de la publicación, pues si bien las dos figuras imponen la obligación de hacer una convocatoria pública, la Selección Abreviada no exige la publicación de los avisos en un periódico de amplia circulación y en el Boletín de las cámaras de comercio que si precisa la licitación pública.

Así mismo, es importante señalar que la Selección Abreviada no contempla las audiencias de aclaración de pliegos y de revisión de riesgos, obligatorias para la licitación pública.

Otra diferencia entre estas dos modalidades consiste en que la adjudicación en la licitación pública siempre será en audiencia pública, no así en caso de la selección abreviada aunque eso no impide a las entidades de darle igual tratamiento al acto de adjudicación del contrato.

La Selección Abreviada está orientada principalmente a la contratación de suministros y obras públicas de menor cuantía, pero mientras se implementa una modalidad de contratación de mínima cuantía, cualquier suministro que no supere el 10% de la menor cuantía deberá contratarse bajo esta modalidad, lo que consideramos extremadamente complicado para el funcionamiento de las entidades públicas que tendrían la inconveniente espera de 20 a 30 días para solucionar necesidades apremiantes para su normal actividad administrativa.

En el caso de la Selección Abreviada de menor cuantía reglamentada por el decreto reglamentario 2025 de 2009, existe un paso adicional que no está contemplado en la licitación pública, es la manifestación de interés en participar la cual debe ser presentada por los posibles oferentes en un término de tres (3) días siguientes al acto de apertura del proceso, se considera esta paso como requisito habilitante para participar en el proceso.

A contrario de la Licitación Pública, la selección abreviada de menor cuantía limita el número de proponentes el cual no puede ser superior a diez (10) y en caso de que dicho numero llegase a ser superado, la entidad procederá a realizar un sorteo de consolidación de oferentes para restringirlo a diez (10) tal como lo establece el decreto reglamentario 2025 de 2009. Una vez consolidado el numero de oferentes, si hubiera sido necesario, o si este es inferior a los diez (10), se prosigue con la presentación de las propuestas y la verificación de los requisitos habilitantes a través del RUP, salvedad que se hace en caso de contratos inferiores al 10% de la menor cuantía, una vez habilitados los oferentes o

subsanaos los documentos faltantes, la entidad procede a evaluar las propuestas de acuerdo a los criterios de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

El informe de evaluación estará a disposición de los interesados por el término de tres (3) días para su revisión u objeción, dicho termino en la licitación pública es de cinco (5) días, posteriormente se adjudica el contrato mediante acto administrativo motivado que como dijimos no necesariamente debe hacerse en audiencia pública como si se exige en la licitación pública.

Por lo expuesto podemos concluir que la selección abreviada es una licitación pública en menor escala.

- **Concurso de méritos.**

Si bien el concurso de meritos existía en la ley 80 de 1993 siguiendo el esquema de la licitación pública y de manera específica para contratar diseños arquitectónicos (decreto 2326 de 1995), el numeral 3 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 prevé el concurso de meritos para la selección de consultores o proyectos a través de sistemas de concurso abierto o de precalificación.

En esta modalidad prevalecen aspectos como la experiencia del proponente, su capacidad intelectual y la organización que este demuestre en cuanto a recursos técnicos, humanos y físicos de que dispone, no se considera un factor importante de calificación el precio, puesto que aquí se busca o mejor se premia el factor conocimiento y preparación.

El Decreto Reglamentario 2474 de 2008 dedica el capítulo III al concurso de meritos el cual podrá ser abierto, es decir sin una selección previa, o mediante una precalificación en la cual si se presenta una selección previa consistente en la elaboración de listas cortas o multiusos según se trate de la presentación de propuestas técnicas simplificadas o detalladas de acuerdo a la metodología que adopte la entidad convocante.

Los pliegos de condiciones de un concurso de meritos revisten las mismas características de las otras formas de selección, pero se suman a ellas la descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados tales como. Informes, diagnósticos, diseños y procesos.

En el concurso de meritos la evaluación de las propuestas está a cargo de un comité asesor deliberante el cual participa en todas las fases de valoración del concurso tanto en la precalificación como en la selección del contratista, esto implica que el comité puede participar en la evaluación de las ofertas técnicas, en la conformación de las listas de precalificados y en la evaluación de la oferta

económica. Sin embargo la decisión del comité puede ser o no acogida por la entidad contratante.

Es claro entonces que esta compleja modalidad de selección tiene como objetivo escoger las mejores propuestas basadas en condiciones académicas y de experiencia de los proponentes, es decir, que busca el merito antes que las condiciones de precio que priman en las otras modalidades, mediante la precalificación de estos aspectos como previo a la evaluación de las ofertas económicas de los proponentes, de ahí que la norma contenga un paso dentro del concurso que es la invitación a ofertar a aquellos que superaron la fase de precalificación. Los resultados o productos de la contratación por este mecanismo no son otros que los detallados en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

▪ **La contratación de menos del 10% de la menor cuantía.**

Al respecto encontramos que se presentan varias situaciones complejas en cuanto a su desarrollo, ya que a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual pretendió introducir nuevos elementos tendientes a alcanzar una mayor índice de eficiencia y transparencia, a las disposiciones que en cuanto al tema de la contratación publica había establecido el Estatuto General de Contratación de la Administración Publica como se conoce a la Ley 80 del año 1993, nos encontramos frente a una novedosa y variante creación e interpretación de normas que respecto de la celebración de contratos de menos del 10% de la menor cuantía de las entidades, la cual se da a través de la expedición de normas reglamentarias como el Decreto 066 de Enero 16 de 2008, Decreto Reglamentario 2474 de Julio 7 de 2008, Decreto Reglamentario 2025 de Junio 3 de 2009 y Decreto Reglamentario 3576 de Septiembre 17 de 2009, los cuales se encargan de desarrollar un tema el cual desde su desarrollo inicial con el Decreto 066 de 2008, comenzó a generar una serie de inconvenientes entre los cuales sobresale el mas complejo, relacionado con la inclusión de la contratación de menos del 10% de la menor cuantía como una nueva modalidad o causal de contratación, desconociendo las ya establecidas inicialmente por la Ley 1150 de 2007, situación que fue mal utilizada ya que por vía reglamentaria no es posible entrar a modificar las condiciones determinadas por una norma de mayor jerarquía como se presenta con la Ley 1150 de 2007.

En virtud de la situación planteada anteriormente, es posible determinar en el mismo sentido que nos encontramos frente a una clara extralimitación de la potestad reglamentaria que reposa en cabeza del Ejecutivo, toda vez que este hizo uso de esta potestad indebidamente, para incluir el tema de la contratación de menos del 10% de la menor cuantía o “mínima cuantía”, como una nueva modalidad de contratación no prevista en la Ley 1150 de 2007 y sus cuatro modalidades como son la Licitación Publica, Selección Abreviada, Concurso de Meritos y contratación Directa, situación que en su momento fue estudiada por

parte del Consejo de Estado<sup>23</sup> debido a las demandas de Nulidad y solicitudes de suspensión de las disposiciones que contenían estas modificaciones y que efectivamente, por orden de este tribunal debieron cesar sus efectos.

Con la expedición de los decretos Decreto Reglamentario 066 de Enero 16 de 2008, Decreto reglamentario 2474 de Julio 7 de 2008, Decreto Reglamentario 2025 de Junio 3 de 2009 y Decreto Reglamentario 3576 de Septiembre 17 de 2009, además del problema Jurídico evidenciado con extralimitación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, se generaron otra serie de inconvenientes derivados de la interpretación, aplicación y ejecución del control de los contratos correspondientes a menos del 10% de la menor cuantía, en el sentido que como consecuencia de la variedad de disposiciones que se presentaron en un periodo temporal relativamente corto, las entidades para las cuales los contratos de esta cuantía resultan efectivamente representativos en la practica por sus presupuestos, se genero una incertidumbre jurídica, una inseguridad respecto de la forma en la cual se debía de aplicar la normatividad que se generaba continuamente, ya que como se observo en el estudio de dichas modificaciones, el tema de la contratación de mínima cuantía paso de ser manejado directamente como una nueva modalidad de contratación, a una serie de procesos sumarios por decirlo de alguna manera denominados Invitación Publica y Subasta Inversa de menos del 10% de la menor cuantía, situación que genero traumatismos a la hora de interpretar la norma, de aplicar sus reglamentos en la practica para las entidades y los mismos proponentes interesados en acceder a contratar con una Entidad Pública en el momento de su vigencia, y consideró que un inconveniente igualmente generado y con consecuencias a la hora del control de los mismos procesos, ya que de igual manera los organismo de control se encontraron y se encuentran con esta situación que requiere de una mayor capacitación y de un estudio mas minucioso a la hora de evidenciar los resultados y la aplicación dada de la norma en estas contrataciones.

Por otra parte, y debido a la intervención del Consejo de Estado al respecto, el que determino suspender y dejar sin aplicación varias si no todas estas disposiciones, nuevamente se encuentran las entidades frente a un inconveniente respecto de que procedimiento de los establecidos en la Ley 1150 de 2007, ya que esta al no

---

<sup>23</sup> Las sentencias emitidas por el H. Consejo de Estado son:

- 1.- CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, catorce (14) de abril de dos mil diez (2010).
- 2.- CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – SALA PLENA: Auto 37785. Radicación 110010326000200900116 00(37.785) Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA., Dieciocho (18) de Marzo de dos mil once (2011).
- 3.-CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena: Auto 37785. Radicación 110010326000200900116 00(37.785) Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011).

contemplar la contratación de menos del 10% de la menor cuantía, genero ese vacío interpretativo, el cual debe suplirse entendiendo que en este evento lo lógico sería aplicar el mecanismo que por regla general se ejecuta en la contratación de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como es la Licitación Pública, pero teniendo en cuenta la cuantía de la contratación en cuestión, el proceso a aplicar corresponde al de Selección Abreviada, el cual obviamente recoge dentro del límite de su cuantía a la mínima, pero que entra a generar otro inconveniente toda vez que este proceso presenta reglas, términos y lineamientos que deben respetarse y que convierten la contratación de mínima cuantía, en un asunto demasiado engorroso y dispendioso para las partes que en el intervienen, transgrediendo principios como el de la Eficiencia en la ejecución de los procesos contractuales, ya que se le resta agilidad a estos respecto de su cuantía, haciendo que las entidades demoren la ejecución de sus proyectos o la satisfacción de sus necesidades, en el entendido que si bien estas cuantías pueden no parecer demasiado significativas, en la práctica y derivado de la experiencia estos contratos en muchos de los eventos son los que hacen que sus actividades básicas sean superadas y así puedan operar normalmente.

Es así como con la expedición de la Ley 1474 de Julio 12 de 2011, o más comúnmente denominada Estatuto Anticorrupción, se retoma el tema de la contratación de menos del 10% de la menor cuantía, a través de lo establecido en su artículo 94, el cual establece:

*“Artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.*

*La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:*

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;*
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;*
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;*
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.*

*Parágrafo 1°. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en*

*establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional".*

Con lo anterior, es posible evidenciar que ya se hace de forma correcta la inclusión de esta nueva modalidad de contratación dentro de las consagradas inicialmente en la Ley 1150 de 2007, y queda instituida en debida forma a través de una modificación planteada a través de la expedición de una norma de igual jerarquía que expresamente dispone su inclusión como una modalidad de contratación legalmente establecida.

Ahora bien, de la lectura del párrafo del artículo citado queda pendiente la reglamentación del procedimiento de esta nueva modalidad de contratación, toda vez que se manifiesta que las particularidades del procedimiento planteado, serán establecida en el reglamento que para el fin deberá expedir el Gobierno Nacional, situación que efectivamente se presenta con la expedición del Decreto 2516 de Julio de 2011, por medio del cual en cumplimiento de lo dispuesto en el estatuto anticorrupción, se reglamenta lo dispuesto al procedimiento de la modalidad de contratación de mínima cuantía, determinando las reglas del procedimiento a través del cual se desarrollara este tipo de contratación y presentando como novedad aspectos como la obligatoriedad de realizar un documento de estudios previos que se plantean mas simplificados que los que se debe diseñar para los procesos de contratación por Licitación Pública y Selección Abreviada, determinando la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación, el objeto, las condiciones técnicas exigidas, el valor estimado del contrato justificado sumariamente, el termino de duración del contrato y la imputación presupuestal a través de la cual se pretenda realizar el soporte económico del contrato, de otra parte la necesidad de publicar una invitación pública en el portal único de contratación [www.conmtratos.gov.co](http://www.conmtratos.gov.co), la cual debe contener la información del objeto, el plazo de ejecución, la forma de pago, las causales de rechazo de las propuestas, la relación de los documentos subsanables a presentar por los proponentes, y la información de donde se pueden consultar los términos del proceso.

Lo particular del nuevo procedimiento es su forma de evaluación, en la cual prima en todo momento el factor económico, siendo este el único punto a tener en cuenta en la comparación de las propuestas, toda vez que presentada las propuestas se verifica inicialmente las propuestas económicas y se escoge la de menor valor, a la cual será la única que se realizara la verificación de los documentos habilitantes y de resultar habilitada por cumplir con las exigencias de estos documentos planeados en la invitación, se le comunicara que su propuesta ha sido aceptada por la entidad y se le dará un termino para que el proponente se presente a realizar la firma del contrato.

De esta manera se dio fin a las controversias y los inconvenientes generados a las entidades sometidas al estatuto general de la contratación pública respecto de la mínima cuantía, creando en debida forma una nueva modalidad de contratación con su propio procedimiento el cual se presenta de una manera sumaria, para permitir que se de agilidad en los procesos de contratación de pequeñas cuantías en las entidades y permitir que puedan desarrollar su función de una manera mas oportuna.

## CONCLUSIONES

La nueva contratación pública es una actividad que requiere planeación, organización, estudio y la participación de grupos interdisciplinarios al interior de las entidades y no solamente se trata de una función exclusiva de las oficinas de contratación o de las oficinas jurídicas.

La responsabilidad en la contratación pública tampoco es exclusiva del ordenador del gasto o del funcionario delegado para ejercerla, esta se hace extensiva a todos los funcionarios o servidores públicos que participan en todos los procesos pre contractual, contractual y pos contractuales.

La contratación directa es una modalidad excepcional y sus causales son las taxativamente señaladas en la ley.

El nuevo régimen de contratación no contempló modalidades de selección para aquellos contratos denominados de mínima cuantía, lo cual puede generar traumatismos en el cumplimiento de las funciones ordinarias de las entidades estatales.

Si bien la reforma es más exigente en la aplicación del principio de selección objetiva y la institucionalización de los requisitos habilitantes en el RUP hace que las condiciones de los proponentes puedan ser verificadas previamente, todavía no se encuentran los mecanismos apropiados para evitar el direccionamiento de los pliegos de condiciones, y por ende de los procesos de selección.

La nueva contratación estatal resulta muy rigurosa y plantea estandarizar los procesos de selección lo cual limitaría la descentralización administrativa.

La reforma eliminó las viejas prácticas de corrupción concentradas en la contratación directa, pero generó otras concentradas en los pliegos de condiciones que resultaron más perjudiciales para los patrimonios públicos.

La nueva contratación estatal hace énfasis en la publicidad de los procesos lo que hace más visible y controlable la actividad contractual del Estado por parte de las comunidades, pero la participación en los mismos resulta onerosa y demanda que los proponentes tengan una mínima estructura empresarial para contratar con el Estado lo que a su vez permite que la contratación pública se concentre en determinados grupos o proponentes.

La complejidad de la contratación estatal muy seguramente implicará que en un lapso de 5 años nuevamente sea reformada, porque fue pensada y diseñada a partir de los grandes escándalos de corrupción que afectaron a entidades del orden nacional, pero no se pensó en entidades territoriales de bajo presupuesto ni

en la satisfacción de las necesidades elementales del funcionamiento ordinario de las mismas.

La nueva contratación por sus intrincados procesos fácilmente pueden generar responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales, que no necesariamente conlleven actos de corrupción en el proceder de los servidores públicos, pero que brindan herramientas a los entes de control y de investigación que pueden ser usados con fines políticos donde dichos entes se convierten en protagonistas mediáticos y no en verdaderos veedores de lo público.

## BIBLIOGRAFÍA

BECERRA SALAZAR Álvaro Darío. De los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación, Editorial LEYER, 2008.

BETANCUR CUARTAS Jaime. Estatuto General de la contratación pública, Biblioteca Jurídica DIKE, 2001.

Disponible en Internet: [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

Disponible en Internet: [www.alcaldiabogota.gov.co](http://www.alcaldiabogota.gov.co)

Disponible en Internet: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LEGIS, julio 2010- julio 2011.

PACHON LUCAS Carlos. Estatuto General de la contratación pública, Librería Ediciones del profesional, 2009.

PALACIO HINCAPIE Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales, Sexta Edición, Librería Jurídica Sánchez Ltda. 2010.

QUINTERO M. Andrés, MUTIS V. Andrés. Los Contratos del Estado en la ley 80 de 1993, TEMIS, 1998.

REVISTA MENSUAL JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Editorial LEGIS, años 2006 a 2011.

RICO PUERTA Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal, Editorial LEYER, 2007.

SANCHEZ CASTRO Manuel. Regulación jurídica de la contratación pública en Colombia, tercera edición 2008.