

**PARÁMETROS PARA UN MANUAL INTERNO DE CONTRATACIÓN DE LAS
EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO DE
CARÁCTER FINANCIERO**
(Tesis de maestría inédita)

**FEISAL AMOROCHO CHACÓN
DANIEL ARMANDO ARÉVALO RODRÍGUEZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO**



**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C. 2 SEMESTRE - 2014**

**PARÁMETROS PARA UN MANUAL INTERNO DE CONTRATACIÓN DE LAS
EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO DE
CARÁCTER FINANCIERO**
(Tesis de maestría inédita)

**FEISAL AMOROCHO CHACÓN
DANIEL ARMANDO ARÉVALO RODRÍGUEZ**

**Trabajo de Grado para optar al título de Magister en
Derecho Administrativo**

Director: Dr. CARLOS ALBERTO CORRALES MUÑOZ
Abogado Experto en Contratación Estatal

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO**



**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C. 2 SEMESTRE - 2014**

Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá, D.C., 04 de agosto de 2014

DEDICATORIA

Dedicamos esta investigación en primer lugar a nuestro ser supremo Dios, por darnos la vida, sabiduría y la capacidad de haber superado los obstáculos presentados en la maestría y poder culminar nuestros estudios con entera satisfacción.

En segundo lugar, dedicamos esta investigación a nuestros padres, familia e hijos por sus sabios consejos y apoyo incondicional, en especial a Erika y a Laura, gracias a ellas, por ser el motor de nuestras vidas, hemos podido alcanzar este nuevo peldaño en nuestra vida profesional.

En tercer lugar, dedicamos este esfuerzo a nuestros amigos y amigas, a nuestros compañeros de la Universidad Militar Nueva Granada.

En cuarto lugar, a nuestros docentes, gracias por su tiempo, por su apoyo así como por la sabiduría que nos transmitieron en el desarrollo de nuestra formación profesional y a todos los que participaron positivamente en este nuevo proyecto de vida.

Feisal Amorocho Chacón y Daniel Armando Arévalo Rodríguez

AGRADECIMIENTOS

Los autores de la presente investigación para optar el título de Magister en Derecho Administrativo presentamos nuestros más sinceros agradecimientos a todas las personas que de una u otra forma ayudaron a que esta investigación se haya realizado, ya que con sus consejos y orientaciones ayudaron a fortalecer el contenido del mismo y contribuyeron para que se materializara la propuesta planteada.

Agradecemos de manera especial al Doctor Jairo Antonio Sandoval Carranza, por sus acertados consejos y orientaciones, quién con su amplio conocimiento sobre el tema nos orientó para hacer que este proyecto se realizara ajustado a las normas y culminara esta investigación de forma exitosa.

A todos mil gracias

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Capítulo I

Principios Rectores Contractuales para los Manuales Internos de Contratación

<i>1.1 Legalidad</i> _____	16
<i>1.2 Eficiencia</i> _____	17
<i>1.3 Transparencia</i> _____	17
<i>1.4 Planeación</i> _____	18
<i>1.5 Economía</i> _____	21
<i>1.6 Responsabilidad</i> _____	23
<i>1.7 Debido Proceso</i> _____	25
<i>1.8 Debido Proceso Contractual</i> _____	25
<i>1.9 Buena Fe</i> _____	27
<i>1.10 Igualdad</i> _____	28
<i>1.11 Selección Objetiva</i> _____	29
<i>1.12 Moralidad</i> _____	30
<i>1.13 Publicidad</i> _____	31
<i>1.14 Eficacia</i> _____	32
<i>1.15 Celeridad</i> _____	32
<i>1.16 Seguridad Jurídica</i> _____	33

Capítulo II

Aspectos Mínimos para el Desarrollo de la Actividad Contractual en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de Carácter Financiero

<i>2.1 Etapas</i> _____	36
<i>2.1.1 Etapa de planeación</i> _____	36
<i>2.1.1.1 Estudios previos de conveniencia y oportunidad</i> _____	38

2.1.2 Etapa precontractual	42
2.1.3 Etapa contractual	42
2.1.4 Etapa poscontractual	42
2.2 Procesos de selección	43
2.2.1 Invitación Pública para Ofertar	43
2.2.1.1 Solicitud certificado de disponibilidad presupuestal	44
2.2.1.2 Documento de Condiciones de Contratación	44
2.2.1.3 La identificación del proceso de selección pública de ofertas.	46
2.2.1.4 Requisitos habilitantes.	46
2.2.1.5 Verificación requisitos habilitantes.	47
2.2.1.6 Criterios de verificación y calificación	48
2.2.1.6.1 Capacidad financiera.	49
2.2.1.6.2 Capacidad técnica.	51
2.2.1.6.3 Capacidad operacional.	51
2.2.1.7 Propuesta Económica.	54
2.2.1.8 Características técnicas y actividades a desarrollar en la ejecución del contrato.	54
2.2.1.9 Documentos y requisito jurídicos.	54
2.2.1.10 Designación del Director del Proceso.	55
2.2.1.11 Nombramiento de la Comisión Evaluadora.	55
2.2.1.12 Acta de apertura.	56
2.2.1.13 Publicación.	56
2.2.1.14 Observaciones.	57
2.2.1.15 Respuestas.	57
2.2.1.16 Acta de cierre.	58
2.2.1.17 Evaluación.	58
2.2.1.18 Informe de Evaluación.	59
2.2.1.19 Observaciones al informe de evaluación.	59
2.2.1.20 Acta de adjudicación o de declaratoria de desierta.	59
2.2.1.21 Prórroga.	60
2.2.1.22 No adjudicación e iniciación de un nuevo proceso.	61
2.2.1.23 Saneamiento del proceso de selección.	61

2.2.1.24 Minuta del contrato.....	61
2.2.2 Invitación privada de ofertas	62
2.2.3 Contratación directa	63

Capítulo III

Perfeccionamiento, Legalización y Ejecución del Contrato o Convenio a Suscribir

3.1 Requisitos de Perfeccionamiento	69
3.2 Requisitos de Ejecución	69
3.3 Supervisión	70
3.4 Acta de Inicio	70
3.5 Prorrogas y Adiciones	71

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

La presente investigación para optar el título de Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, denominada “PARÁMETROS PARA UN MANUAL INTERNO DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER FINANCIERO”, tiene como objetivo identificar y desarrollar los parámetros mínimos que se deben tener en cuenta al momento de la elaboración de los manuales internos de contratación de las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, se encuentran excluidas de la aplicación de la máxima norma de la contratación pública, conforme a lo establecido en la Ley 1150 de 2007, así:

Del Régimen Contractual de las Entidades Financieras Estatales. El párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

"Artículo 32. (...)

"Párrafo 1°. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley. (Ley 1150, 2007. Artículo 15)

Sin embargo, el legislador impuso como limitante los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, a las entidades estatales con régimen contractual excepcional, según el artículo 13 *ibídem*, el cual dispone:

Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. (Ley 1150, 2007. Artículo 13)

Con base en la citada excepción normativa, si el proceso contractual de las entidades financieras de carácter estatal no está sujeto ni sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, debe entenderse que está bajo los lineamientos de la ley civil y comercial, sin embargo, se debe tener en cuenta que los contratos para la adquisición de bienes y servicios son celebrados por una entidad estatal y por éste motivo deben tener especial cuidado al momento de adecuar sus procesos internos de contratación para no ir en contravía de la Constitución y de la Ley.

Teniendo en cuenta lo mencionado, se considera que el legislador debió establecer lineamientos concretos que debe seguir una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero al momento de conformar sus procesos y

procedimientos de selección y/o de contratación, pues no basta con cumplir solamente con los principios como la norma lo ordena.

Por lo tanto, y de conformidad con la normatividad citada, se puede observar que el legislador con esta excepción dejó un vacío legal, consistente en la falta de lineamientos generales que deben contener los manuales internos de contratación de esta clase de entidades estatales, con el fin de cumplir con la finalidad de la función administrativa a cabalidad.

Concretando y como ejemplo de lo anterior, se toma el principio de publicidad, para lo cual alguna entidad podría dar por sentado el cumplimiento de dicho principio fijando avisos en sus instalaciones relativos a la apertura de algún proceso contractual, mientras que otra lo podría hacer mediante la publicación de un aviso en su portal web o publicando avisos en diarios de amplia circulación, lo cual evidencia varios caminos con los cuales podría sustentarse el eventual cumplimiento a determinado principio y por ende a lo normado en la Ley 1150 de 2007, pero que indiscutiblemente enmarca la necesidad de identificar los parámetros que deben contener los manuales de contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de Carácter Financiero.

En este orden de ideas, se pretende restar la subjetividad que en cierta forma predomina al momento de realizar un manual interno de contratación, toda vez que la norma deja al arbitrio de la misma entidad la forma en que considere cumplir con determinado principio, entrando en una disyuntiva enmarcada en llegar a la finalidad que buscó el legislador al excluir a éstas entidades de la aplicación de la máxima norma

contractual, lo cual fue hacerlas competitivas con sus similares del sector privado, por lo que podría pensarse en diseñar un manual interno de contratación totalmente flexible y con procesos de selección simplificados y alejados de cualquier formalidad; mientras que de otra parte, podría abordarse la elaboración del manual, pensando en dar cumplimiento estricto a los principios rectores, determinando procesos de selección rigurosos y con excesivas formalidades.

Por lo cual, se reitera que ante la existencia de un vacío legal, se deben identificar los parámetros mínimos de los manuales internos de contratación para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero.

Así las cosas, ¿Cuáles serían los parámetros y lineamientos mínimos que deben contener los manuales internos de contratación para este tipo de entidades estatales, en razón al vacío legal existente?

Para darle respuesta al problema planteado, en la presente investigación se desarrollarán tres (3) capítulos con el fin de identificar de forma clara y precisa los parámetros mínimos que deben tener en cuenta las Empresa Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero al momento de elaborar sus manuales internos de contratación.

En el capítulo primero de la investigación se identificará y describirá los principios rectores de la contratación administrativa que deberá aplicar esta clase de entidades estatales en sus procesos contractuales, tales como: el Principio de Legalidad,

Eficiencia, Transparencia, Planeación, Economía, Responsabilidad, Debido Proceso, Debido Proceso Contractual, Buena Fe, Igualdad, Selección Objetiva, Moralidad, Publicidad, Eficacia, Celeridad y Seguridad Jurídica. Principios que serán tomados como pilares estructurales para la construcción de sus manuales, cumpliendo así con su función integradora, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la Ley.

Por su lado, el capítulo segundo de la investigación se determinará las etapas para el desarrollo de la actividad contractual: i) Etapa de Planeación, ii) Etapa Precontractual, iii) Etapa Contractual y iv) Etapa Poscontractual; así como los procesos de selección a utilizar para la contratación de bienes y servicios que requieran las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero.

En el capítulo tercero y último de la investigación se establecerá los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos para este tipo de entidades estatales, para que cuenten con todas las formalidades de Ley.

Por último, es preciso señalar que la investigación que aquí se plantea cobra importancia de manera especial, siendo novedosa y útil para el conocimiento académico y de las entidades estatales con ese tipo de naturaleza jurídica, aprovechando nuestro ejercicio y experiencia profesional, en el sentido de hacer claridad y establecer los parámetros dentro de los cuales una entidad de la naturaleza de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero deba actuar al momento de estructurar sus procesos y/o procedimientos contractuales.

Finalmente, se pretende que el resultado de la presente investigación, se convierta en texto de consulta y por qué no, sirva de base a las entidades estatales con esa naturaleza jurídica para la promulgación de sus manuales internos de contratación.

Capítulo I

Principios Rectores Contractuales para los Manuales Internos de Contratación

La contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero que en virtud del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 se encuentran excluidas de la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública, deberán guardar consonancia con los principios de la función administrativa y los que gobiernan la contratación estatal, consagrados en la Constitución Política y la Ley, los cuales establecen unos deberes de conducta que las entidades estatales deben acatar.

Adicionalmente, los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. (M. P. Escobar Gil, Rodrigo, Sentencia C-818, 2005)

En este orden de ideas, es indiscutible contar con la percepción de que los principios cumplen funciones como fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

Siguiendo el hilo conductor de este aparte, se maneja como punto de partida para su aplicación, por una lado la naturaleza pública de las entidades y de otro, la finalidad del legislador que separó la contratación de estas entidades estatales del Estatuto General

de Contratación de la Administración Pública, la cual tiene como objetivo hacer más flexible la contratación en estas entidades permitiendo así la competencia con sus similares del sector privado adelantando la identificación y descripción de los siguientes principios:

1.1 Legalidad

Este principio determina la columna vertebral del sustento jurídico para la aplicación de la normatividad contenida en el manual interno de contratación pues este parte desde la máxima norma constitucional en el inciso segundo del artículo cuarto, el cual nos conmina a acatar la constitución y las leyes.(Constitución Política de Colombia, 1993)

La doctrina define este principio como, “la obligación que se impone a toda persona, institución u órgano público de someterse al ordenamiento jurídico.” (Atehortúa Ríos, Carlos Alberto y otros, 2010, págs. 81 a 82). Así mismo, el tratadista determina como soporte de este principio el artículo sexto de la Constitución Política, el cual señala responsabilidad a los servidores públicos por vulnerar la Constitución, las leyes y por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. Este último aspecto debe ser tenido en cuenta de manera especial, por los servidores públicos que intervengan en los procesos de contratación de la entidad. (Constitución Política de Colombia, 1993)

1.2 Eficiencia

Este principio, debe ser tenido en cuenta de manera conjunta con el principio de economía, pues busca que la administración obtenga un excelente rendimiento dentro de la gestión contractual.

Debe determinar, el establecimiento de modalidades de selección objetiva que se encuentren reguladas en todas y cada una de sus etapas, incluyendo para ello términos perentorios, determinando además, etapas de planeación para la exigencia de requisitos y características pertinentes al resultado que la empresa busca alcanzar, permitiendo la adquisición de bienes y servicios de manera ágil y con la oportunidad requerida.

1.3 Transparencia

Principio que cobra una importante significación, toda vez que debe propender por garantizar la imparcialidad y la igualdad de oportunidades en el desarrollo de un proceso contractual, que refleje una selección objetiva de terceros, publicar las decisiones adoptadas en los procesos de selección con el fin de que los interesados puedan controvertirlas, socializar la gestión contractual a través de la realización de convocatorias públicas por modalidades de selección objetiva de contratistas, e igualmente divulgar cuáles son las razones que sirven de motivación a las autoridades en sus decisiones contractuales y promover de esta manera la moralidad administrativa. (Ley 80, 1993 reglamentado por el Decreto Nacional 287, 1996. Artículo 24 numeral 2)

Es de magna significación mencionar, que la Jurisprudencia se ha pronunciado en éste aspecto de manera homogénea, dejando claro que este principio deberá tener aplicación en todas las etapas que deben observarse en la celebración de un contrato, y especialmente respecto de su inicio. (Laudo Arbitral Instituto de Desarrollo Urbano – IDU- vs Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S.A., 2001)

1.4 Planeación

Este principio guarda consonancia directa con los principios de interés general, legalidad y el principio complementario de previsibilidad, procurando que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad”, con unos elementos inmersos como la racionalidad, previsión, universalidad, unidad y continuidad. (Melida Valle de la Hoz, Olga Consejera Ponente Consejo de Estado; Sentencia C 17767, 2011.)

Es preciso mencionar lo doctrino por el tratadista Benavides, en lo tocante a:

El principio complementario de previsibilidad, implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional de los riesgos o contingencias del contrato entre las partes intervinientes, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación, lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad y en consecuencia el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato pueden generar situaciones causantes de desequilibrio económico. (Benavides, José Luis, 2009. Pág. 113)

El tratadista Atehortúa Ríos, Carlos Alberto considera que:

La planeación es una técnica de la administración encaminada a lograr un uso eficiente de los recursos y el cumplimiento oportuno y adecuado de los fines del Estado; es igualmente un instrumento de intervención del Estado para la fijación y determinación de las políticas económicas y sociales.

Las principales funciones son:

- Evitar la improvisación en la gestión pública.
- Impedir un despilfarro y malversación de los recursos públicos.
- Facilitar la adecuada adopción de políticas públicas.
- Permitir a la administración pública actuar bajo propósitos claros, objetivos y metas.
- Garantizar que los planes y programas se cumplan efectivamente, y se cuente para ellos la destinación de recursos suficientes
- Garantizar a los contratistas el pago oportuno de los valores pactados en los contratos. (Atehortúa Ríos, Carlos Alberto y otros, 2010, págs. 112 y 113)

La jurisprudencia del Consejo de Estado, se refirió también al principio de planeación en la contratación estatal, planteando lo siguiente:

(...) Al respecto conviene reiterar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

- i) La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.
- ii) Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja.

- iii) Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.
- iv) Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.
- v) La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.
- vi) La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores (...). (Consejo de Estado, 2006. Sentencia R- 7664)

Como corolario de lo anterior, debe advertirse que en virtud del principio de planeación, la entidad debe realizar una serie de actividades y procedimientos previos, pues tal como lo advierte el tratadista Solano Sierra, Jairo Enrique:

La planeación evidencia un accionar integrador sustentado en todos sus elementos. En materia contractual, está constituida por una serie de previos que la identifican y conciben un todo congruente, que sirven de base para impulsar cada una de las distintas actuaciones que le son pertinentes las cuales deben desarrollarse con antelación al procedimiento de selección o firma del contrato (...) (Solano Sierra, Jairo Enrique, 2010. Pág. 180)

1.5 Economía

Principio orientador de las actuaciones administrativas dentro de la actividad contractual, al cual debe dársele una correcta interpretación y análisis, que no es otra que el deber que tiene la entidad pública de impedir la interposición de trámites y/o cargas diferentes a los establecidos en la norma, dándole importancia a los requisitos de fondo y no de forma.

El tratadista Meléndez Julio expresa que en el:

(...) marco de normas expresas e imperativas, que ofrecen seguridad a las partes, desde el Código Contencioso Administrativo, este principio tiene en cuenta: (i) que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones; (ii) que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; (iii) que no exijan más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. (Meléndez, Julio, 2009. Pág. 37)

De igual manera, con base en este principio y tal como lo menciona el tratadista Rodríguez Tamayo, trayendo a colación el artículo tercero de la Ley 80 de 1993:

(...) los procedimientos están previstos para cumplir con las finalidades públicas de tal forma que no pueden convertirse en mecanismos para: i) dilatar la selección de contratistas; ii) rechazar propuestas en forma injustificada; iii) establecer exigencias o trámites no consagrados en la legislación vigente; iv) inducir a error a los interesados en el proceso de contratación; v) cambiar sustancialmente las consideraciones iniciales de los pliegos de condiciones; vi) crear exigencias que limiten la libertad de concurrencia de oferentes; vii)

ampliar injustificadamente los programas de los procesos de selección (...). (Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando, 2011. Pág. 54 y 55)

Así mismo, en desarrollo de este principio, debe permitirse a los oferentes que participen en determinado proceso de selección, subsanar los errores de forma en la presentación de sus propuestas, subsanación que debe ser expresa.

De otra parte, este principio debe entenderse también en contexto como elemento intrínseco y necesario en relación con el gasto público, pues mediante éste se impide la apertura de un proceso contractual sin el lleno de los requisitos previos, tales como el análisis de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar, realizado mediante la elaboración de estudios previos, la consecución de autorizaciones y aprobaciones necesarias, así como la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con la respectiva planeación presupuestal de la entidad y si es el caso, la determinación de un plan de contratación para cada vigencia.

Esta máxima recoge la voluntad política de reducir los costos de la contratación, adoptando mecanismos de administración que supriman trámites, aceleren, unifiquen y extiendan el deber del servidor público. (Ley 80, 1993. Artículo 25)

1.6 Responsabilidad

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Etimológicamente responsabilidad “respondere”, significa “dar respuesta a”. Las acepciones al respecto: “deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”. “Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible error en cosa o asunto determinado”. En cuanto a la definición de “responsable” es, quien esté “obligado a responder por alguna cosa o por alguna persona. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 1970. Pág.1356)

Para la aplicación de este principio, deben tenerse en cuenta diferentes puntos de vista de entidad, los servidores públicos y los contratistas. En cuanto a la entidad es menester manifestar como lo ha resaltado el tratadista Yong Serrano, en cuanto que *“las entidades contratantes responderán patrimonialmente por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas”* (Yong Serrano, Samuel, 2013. Pág. 49)

En cuanto a los servidores públicos y colaboradores de la entidad estatal, éstos deben buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y así mismo vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la Entidad, del contratista y de terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (Grupo Editorial Nueva Legislación Ltda., Estatuto General de la Contratación Pública y Registro único de Proponentes, 2010)

En todos los casos, los servidores y/o colaboradores de la entidad responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas, toda vez que lo mismos deben velar para que los cometidos estatales y constitucionales se logren, a través de la vigilancia de la ejecución del objeto contratado.

Por su parte, los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. Igualmente responderán por haber suministrado información falsa y asumirán la responsabilidad por ocurrencia de hechos a ellos imputables. (Ley 80, 1993. Artículo 26 numerales 4 y siguientes)

En materia de responsabilidad, resulta oportuno hacer especial mención a la figura del supervisor contractual, quien encarna los ojos de la entidad para verificar el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista. Lo anterior, en la medida en que a través de su eficaz intervención busca salvaguardar los intereses de la entidad, el bien común y el interés general, representado en acciones integrales y conclusivas que van desde el inicio del contrato, pasando por su ejecución, hasta la culminación o terminación del mismo, impidiendo de esta manera interrupciones injustificadas y evitando conflictos entre las partes.

1.7 Debido Proceso

Este principio es un postulado constitucional que se desarrolla en todo el ordenamiento jurídico y debe ser tenido en cuenta tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política.

En virtud de dicho principio, todas las actuaciones administrativas deben garantizar los derechos de representación, defensa y contradicción en todas las etapas de la contratación. (Palacio Hincapié, Juan Ángel, 2010, pág. 59)

De esta manera, la entidad surtirá todo trámite con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos que establezca su manual interno de contratación, los cuales deben ser resultado y estar en consonancia con los principios que aquí se enuncian y los demás enmarcados en la Ley.

1.8 Debido Proceso Contractual

El Debido Proceso Contractual es un principio rector en materia contractual y rige en todos los procedimientos administrativos, destacando su introducción positiva en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, exhortando a incrementar en materia administrativa contractual las garantías que integran el debido proceso.

El Consejo de Estado se refirió al principio así:

(...) Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido: En primer lugar, señala que “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora. De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas. En segundo lugar, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las actuaciones sancionatorias contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las actuaciones no sancionatorias, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de procedimiento es innegable, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros. Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio.

Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos. (...) (Gil Botero, Enrique Consejero Ponente, 23 de junio de 2010. Sentencia radicación 1994-00225-01 (16367))

1.9 Buena Fe

Exige un comportamiento acorde con la obligación que asume cada una de las partes intervinientes en el proceso contractual. Encuentra su desarrollo en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, por lo cual la buena fe contractual debe observarse durante todas las etapas del proceso de contratación.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha manifestado con gran acierto, que:

Es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute actos jurídicos lo haga motivado por la actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de la buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe. (Sala de Consulta y Servicio Civil, 1996)

1.10 Igualdad

Los autores consideran que:

Dentro del alcance que el artículo 13 de la Constitución le da a este término, en la contratación no se pueden fijar reglas discriminatorias de ningún tipo, y afectarse la neutralidad. Obviamente, la aplicación de este principio no limita, por un lado, el establecimiento de calidades positivas a los contratistas, ni, por otro, la posibilidad de dar un trato distinto a los contratistas que se encuentren en una condición diferente pues la igualdad sustancialmente se predica entre iguales. Este principio debe aplicarse no sólo en la etapa precontractual, sino también durante la ejecución del contrato. Podría definirse así: Igualdad: Todos los proponentes en procesos de contratación se someterán a los mismos criterios de selección que serán fijados mediante reglas previas, claras y objetivas; durante el proceso de ejecución de los contratos, todos los contratistas serán evaluados bajo criterios uniformes. (Santofimio, Jaime Orlando y Benavides, José Luis, 2009. Pág. 420)

En otras palabras, todos los procesos contractuales adelantados por la entidad, deben caracterizarse por la igualdad de tratamiento y oportunidades, respetando el orden de actuación, evitando a toda costa discriminaciones y preferencias que conlleven la alteración de las condiciones de selección y por ende a la escogencia del contratista.

1.11 Selección Objetiva

Principio de cuya aplicación y cumplimiento se deriva la escogencia de la propuesta más favorable a la entidad y por ende a los fines que busca.

En desarrollo de lo anterior, deberá escogerse el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés subjetivos y en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Como corolario de lo expuesto, se deberá dar cumplimiento y estricta aplicación a los factores de escogencia y criterios de calificación que se establezcan para la selección del contratista, por lo cual, deberá considerarse como oferta más favorable aquella que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos (también establecidos previamente en el manual interno de contratación), resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los previamente establecidos para la selección. (Suárez Beltrán, Gonzalo, 2007. Pág.55)

1.12 Moralidad

En virtud de este principio, todas las actuaciones adelantadas por la entidad en desarrollo del proceso de contratación, deberán estar inspiradas y ceñirse a los principios legales que dirigen y juzgan el comportamiento de la sociedad, las actuaciones y posturas que el común de los integrantes del conglomerado social deben adoptar por el simple hecho de pertenecer a éste, si es el caso, se suscribirán por parte de los servidores y colaboradores de la entidad, así como por los contratistas, los compromisos éticos o pactos de integridad que se dispongan.

Actuar en el marco de estos principios constitucionales y de las reglas jurídicas que los concretan, no es otra cosa que dar cumplimiento al postulado de la moralidad administrativa; derecho colectivo contemplado en el artículo 4, literal b), de la Ley 472 de 1998, que la jurisprudencia ha definido como el “ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares”. (Correa Palacio, Ruth Stella Consejera ponente, 2007)

1.13 Publicidad

Protegiendo dicho principio de las actuaciones administrativas, “Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios” (Ley 80, 1993. Artículo 24 numeral 4)

Debe entenderse que la entidad, independientemente del régimen especial de contratación que la cobija, es una entidad pública, razón por la cual todos los procesos y documentos surgidos en desarrollo de sus procesos contractuales deben estar a disposición pública, a excepción de aquellos que por su naturaleza estén amparados por la reserva legal que determinen para ellos restricciones al acceso público. (Betancur Cuartas, Jaime, 1993. Concepto radicación 558)

1.14 Eficacia

El doctor Meléndez manifestó que “En virtud de este principio, se tendrá en cuenta: (i) que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”. (Meléndez Julio, Inocencio, 2009. Pág. 37)

En todos los procesos de contratación adelantados por la Entidad, se deberá garantizar el logro de los fines que con ellos se buscan, empleando para ellos los mejores medios posibles y la menor cantidad de recursos.

Como lo define de forma concreta el tratadista Aristizabal Rave, Gabriel, en cuanto que la entidad debe garantizar que en desarrollo de la actividad contractual “Los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.” (Aristizabal Rave, Gabriel, 2013. Pág. 22.)

1.15 Celeridad

En consonancia con la finalidad perseguida por el legislador al apartar la contratación de la entidad de las normas rectoras de la contratación pública, los procesos contractuales adelantados por la entidad, deberán observar en un sólo acto todos los trámites que por su naturaleza, admitan impulsión simultánea y no sea obligatoria realizar en actos sucesivos.

Así mismo, deberá llevarse a cabo el proceso contractual, de forma tal que permita contar con los bienes y servicios de forma oportuna, permitiendo así lograr ámbitos y espacios adecuados para competir con sus similares del sector privado y cumplir de la mejor manera con los objetivos que para la entidad determina la Ley.

Es de advertir que el retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

Presta especial significación mencionar la Ley 734 de 2002 Estatuto Disciplinario Único, que prescribe:

Garantía de la función Pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes. (Ley 734, 2002. Artículo 22)

1.16 Seguridad Jurídica

El documento CONPES señaló que una nueva política regulatoria de la actividad contractual estatal, debe partir del principio de “unidad de criterio” en torno al conjunto regulatorio por el cual se rige dicha actividad, (CONPES No. 3249, 2003) de tal manera que sus normas sigan los mismos parámetros y una estructura preestablecida en su

conjunto, siendo un valor democrático y base de todo ordenamiento, el cual produce certeza y confianza a los contratistas o ciudadanos frente a unas reglas claras de derecho integradoras de un sistema normativo que garantizan el funcionamiento organizado de una sociedad en torno no solo al contrato social, sino de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares. (Meléndez Julio, Inocencio 2009. Pág. 35)

En otras palabras, la entidad debe definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto contractual y expedir actos administrativos de la actividad contractual, debidamente motivados, en forma detallada y precisa. Igualmente cualquier informe de evaluación, acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia. (Ley 80, 1993. Artículo 24 numeral 7)

Reiteradamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indicó que la seguridad jurídica es un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o de situaciones antijurídicas o desequilibradas. Este valor jurídico pretende ofrecer certeza contra las modificaciones arbitrarias del derecho, procurando evitar incertidumbres. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2012. Expediente 10-007524-0007-CO)

Capítulo II

Aspectos Mínimos para el Desarrollo de la Actividad Contractual en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de Carácter Financiero

En desarrollo de la actividad contractual, las entidades estatales deberán tener en cuenta todos los aspectos relevantes y determinantes para la suscripción de un contrato mediante el cual se adquieran bienes o servicios cuya necesidad, conveniencia y oportunidad esté debidamente soportada, determinando para ello el impulso del proceso contractual mediante el agotamiento de etapas perentorias que deben estar completamente reguladas.

Así las cosas, el manual interno de contratación debe abordar de manera completa y transversal todas las etapas de adquisición de bienes y servicios, desde la planeación hasta la liquidación del contrato, tales como, la fijación de reglas de juego claras y concretas para permitir que los eventuales participantes de un proceso de selección lo hagan en igualdad de condiciones.

Para el desarrollo de las actividades contractuales en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, se deberán observar los siguientes criterios o preceptos:

2.1 Etapas

Este aspecto no debe mirarse como un simple tema operativo y procedimental sino que va de la mano con el principio de la transparencia, pues como lo manifestó el tratadista Lamprea Rodríguez, “la Ley dispone preciso procedimiento contractual mediante fijación de “etapas” que hagan posible el conocimiento de tales actuaciones y den la posibilidad de discutir las y aun objetarlas.” (Lamprea Rodríguez, Pedro A., 2007. Pág. 40)

Así las cosas, los manuales internos de contratación en las Empresa Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, regirán durante la totalidad de las etapas en que se desarrolla la gestión contractual, a saber:

2.1.1 Etapa de planeación.

Esta etapa sustenta su razón de ser en la naturaleza pública de la entidad contratante que determina tal como lo menciona el tratadista Dromi, Roberto, en cuanto a las formalidades que anteceden un negocio jurídico, anotando que “la administración antes de emitir su voluntad en cualquier supuesto debe cumplir con el formalismo previo establecido por las normas vigentes (...)” (Dromi, Roberto, 2010. Pág. 64)

Comprende todas las actuaciones previas a la iniciación del proceso de selección del contratista, las cuales se refieren a la preparación y estructuración de los estudios de conveniencia y oportunidad para la adquisición de bienes y servicios requeridos, los mismos deben incluir todos y cada uno de los aspectos mencionados a lo largo del

presente escrito, en especial lo relacionado con los estudios de precios de mercado que sirven como base para la determinación del presupuesto, tal y como lo expresa la Contraloría General de la República:

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

Es de magna significación mencionar, que los estudios de conveniencia y oportunidad, deben realizarse con la antelación suficiente a la contratación, de tal manera que la actividad contractual no se constituya en una improvisación y que por el contrario permita deducir que el bien o servicio a contratar hace parte de un plan de desarrollo de la entidad o unas políticas claras de atención de las necesidades de la comunidad y que eviten el fracaso de la contratación por la improvisación de la entidad. (Palacio Hincapié, Juan Ángel, 2010. Pág. 62)

El Consejo de Estado ha señalado que:

El no cumplimiento por parte de la entidad estatal del deber de efectuar los estudios previos con antelación a la apertura de los procesos de selección del contratista o con antelación a la suscripción del contrato, apareja como consecuencia adicional al rompimiento del equilibrio económico del contrato y su eventual reparación patrimonial, la violación del principio de igualdad previsto en el artículo 13 C.P.; según el cual, todas las personas tienen derecho a recibir el mismo trato por parte de las autoridades legalmente constituidas, y a gozar de las mismas oportunidades; situación que se vulnera cuando la entidad no cumple con aquello a lo que se encuentra obligada, como lo pertinente a la elaboración de estudios previos. (Carrillo Ballesteros, Jesús María Consejero Ponente Consejo de Estado, 1995)

Presta especial importancia mencionar lo señalado por el Dr. Matallana, en lo tocante al principio de igualdad, el cual advierte que el Estado debe otorgar a los ciudadanos que muestren interés de presentar una oferta de un bien o servicio garantías como unas reglas de selección objetivas que les permitan participar en condiciones que no generen privilegios para algunos participantes. (Matallana Camacho, Ernesto, 2012. Pág. 71)

2.1.1.1 Estudios Previos de Conveniencia y Oportunidad.

En desarrollo del principio de planeación, todo proceso de selección debe estar precedido por un escrito que contenga todos los aspectos y actividades de planeación realizadas, donde se materialice el estudio realizado sobre la necesidad, conveniencia y

oportunidad de la adquisición del bien o servicio, que puntualiza la necesidad que se pretende solventar con la contratación.

El Estudio Previo de Conveniencia y Oportunidad, deben ser puesto a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberá contener como mínimo: (Matallana Camacho, Ernesto, 2012. Páginas 529 a 539)

a. Sustento legal

En este capítulo deben citarse cada uno de los aspectos normativos que soportan la contratación y en especial la modalidad de selección a utilizar.

b. Sustento de la necesidad

Se deben citar y comentar todas las circunstancias fácticas que determinan la necesidad de la contratación. Debe sustentarse y soportarse en orden lógico y cronológico los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de la adquisición del bien o servicio que se pretende satisfacer con la contratación. Se deben incluir las características y/o especificaciones técnicas así como los requisitos y/o particularidades que debe cumplir la persona natural o jurídica a contratar. De igual manera, es conveniente incluir en este capítulo el soporte normativo que hace necesario realizar la contratación (en caso de que el sustento de la necesidad radique en el cumplimiento del ordenamiento legal).

c. Objeto

Se debe describir el objeto a contratar y las actividades a realizar por parte del eventual contratista. Estas serán incluidas como obligaciones del contrato. El objeto del contrato deberá definirse de una manera amplia, sin incurrir en particularidades del contrato, éstas deben hacer parte de las especificaciones y/o obligaciones del acuerdo de voluntades.

d. Presupuesto estimado y forma de pago

Se deben incluir todos los análisis que soporten la estimación del valor del contrato, tales como precios de mercado, precios de referencia, precios históricos determinados por contrataciones anteriores y todos aquellos análisis de mercado que puedan ser útiles al momento de determinar la suma necesaria para solventar la necesidad.

Así mismo, se incluirá en este capítulo la forma de pago sugerida y requisitos para cada pago.

e. Plazo de ejecución del contrato a celebrarse

Se debe indicar el periodo de tiempo en el que deberá ejecutarse el contrato.

f. Lugar de ejecución del contrato a celebrarse

Deberá determinarse en qué lugar o lugares, deberá ejecutarse el objeto contractual

g. Pólizas y/o mecanismos de cobertura que garanticen las obligaciones surgidas de la celebración del contrato

Deberá establecerse la necesidad de solicitar al eventual contratista, la prestación de garantías bancarias y/o pólizas de seguro con sus respectivos amparos.

h. Aprobación

Todo estudio previo deberá contar con la aprobación del ordenador del gasto, quien la emitirá después de analizar la conveniencia de iniciar el proceso de selección.

La etapa de planeación, corresponde a la dependencia usuaria e inicia con la inclusión de la necesidad en el proyecto del presupuesto para cada vigencia fiscal y concluye con la aprobación de la adquisición del bien o servicio por parte del ordenador del gasto que corresponde al Director o Gerente General de la entidad estatal.

2.1.2 Etapa precontractual.

Una vez aprobada la contratación por el ordenador del gasto, se inicia la etapa precontractual, entendida desde la formulación de la invitación pública o privada, a presentar oferta hasta la adjudicación o declaratoria de desierta del proceso. Corresponde adelantarla al área encargada de la contratación en la entidad.

Con la expedición de la Ley 80 se establecieron reglas que le otorgaron flexibilidad al contenido de la oferta, de tal manera que determinados documentos que no fueron incluidos en su momento dentro de la oferta, podían posteriormente a la

presentación de la misma, ser remitidos por el oferente omiso, producto del requerimiento expresado por la entidad o remitido directamente por el oferente. (Ley 80, 1993. Artículo 25 numeral 15)

2.1.3 Etapa contractual.

Comprende dos fases:

(i) Celebración, perfeccionamiento y legalización del contrato, que corresponderá adelantarla a la dependencia encargada de la contratación en la entidad.

(ii) Ejecución y desarrollo del objeto contractual. Corresponde al Supervisor y/o Director del Proceso.

2.1.4 Etapa poscontractual.

Una vez vencido el plazo de ejecución y desarrollo del objeto contractual, nos encontramos en la fase de liquidación del contrato, como etapa post contractual o final del proceso.

Presta especial significación mencionar lo manifestado por el doctor Palacio Hincapié, donde resalta que “la norma consagra la posibilidad de liquidación en cualquier época, a pesar| de los plazos previstos, siempre que se haga dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos que se tenían para liquidar (...)” (Palacio Hincapié, Juan Ángel, 2010. Pág. 34)

Corresponde adelantarla al Supervisor y/o Directo del Proceso con la orientación de la dependencia encargada de la contratación en la entidad. Si es del caso, debe intervenir el área financiera en lo de su competencia.

2.2 Procesos de selección

Los procesos de contratación que adelanten las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, se adelantarán a través de diferentes modalidades de selección, deberá tener como mínimo un proceso de Invitación Pública para Ofertar, Invitación Privada para Ofertar y Contratación Directa, como se indica a continuación:

2.2.1 Invitación Pública para Ofertar.

Se entiende por Invitación Pública para Ofertar, el procedimiento mediante el cual, de manera pública se convoca a presentar ofertas para que quienes tengan interés en la participación del proceso contractual participen en él, para someterse a las reglas fijadas, con el fin de que la entidad verifique y evalúe las diferentes propuestas, para escoger la que más le convenga.

El autor considera que se debe verificar:

(...) que el plazo para la presentación de las ofertas sea razonable con las exigencias del pliego de condiciones para presentar oferta, de tal manera que no se plantee un término muy corto que no les permita a los oferentes el tiempo suficiente para presentar su oferta.

Un plazo muy corto es un indicio en contra del principio de transparencia, por cuanto puede incidir en la vulneración del principio de concurrencia por cuanto limita la participación. (Matallana Camacho, Ernesto, 2012, página 572)

Mediante esta modalidad de selección, se adelantarán los procesos contractuales para la contratación de bienes o servicios que no se encuentren determinados a otras modalidades de selección.

Para el desarrollo del adelantamiento del proceso de Invitación Pública para Ofertar, se seguirán los siguientes pasos:

2.2.1.1 Solicitud certificado de disponibilidad presupuestal (CDP).

Una vez aprobado el estudio previo, la dependencia encargada de la contratación, deberá elevar la solicitud de expedición de disponibilidad presupuestal por el valor del presupuesto estimado en el Estudio previo, con el fin de garantizar que la Entidad estatal cuenta con el recurso disponible para solventar el gasto derivado de la contratación.

Es preciso indicar que el certificado de disponibilidad presupuestal, es un documento expedido por el área financiera de la Entidad, el cual certifica la existencia de recursos disponibles, con los cuales puede soportarse la eventual contratación. Este documento debe contener el valor y el rubro, lo cual debe guardar consonancia con el presupuesto aprobado para la vigencia y su correspondiente desagregación.

2.2.1.2 Documento de Condiciones de Contratación.

Una vez obtenido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal, se deberá iniciar la estructuración del documento de condiciones de contratación.

El documento de condiciones de contratación es el compendio en el cual la entidad estatal detalla las reglas para la presentación de la propuesta y las que debe reunir el interesado para participar en el proceso de selección. Se deben establecer además, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación, el presupuesto, el plazo de ejecución del eventual contrato, las actividades a desarrollar o las especificaciones del bien a adquirir, el cronograma del proceso y todas aquellas reglas e informaciones del proceso de selección que se requieran.

El doctor Matallana Camacho, manifiesta que se deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, asegurando una escogencia objetiva y evitando la declaratoria de desierta de cualquier modalidad de selección. Aunado a lo anterior, señala que no se deben incluir condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, ni exigencias de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministren.

Al unísono de lo señalado, el tratadista Cárdenas Gómez manifestó, que es importante que las ofertas deban sujetarse a las estipulaciones de los pliegos de condiciones, so pena de que sean descalificadas, dicho criterio se cimenta en el hecho de ser los pliegos la ley del contrato que habrá de celebrarse, toda vez que el contrato

celebrado, viene a ser una mera instrumentalización de lo que quedó establecido en el momento en que cobró ejecutoria el acto que lo adjudicó, solo así será posible realizar una comparación objetiva de todas ellas. (Cárdenas Gómez, Humberto, 1994.Pág. 48)

El documento de condiciones de contratación deberá contener como mínimo:

2.2.1.3 La identificación del proceso de invitación pública para ofertar.

En este aparte, se debe describir el objeto del proceso de selección, no el objeto del contrato. Ej.: "Contratar el Servicio de... "; "Contratar el Suministro de... "; Contratar la Adquisición de... "; "Contratar la Consultoría para... ".

2.2.1.4 Requisitos habilitantes.

Los requisitos habilitantes pueden ser jurídicos, técnicos y financieros, los cuales pueden ser subsanables. Esta circunstancia deberá indicarse expresa y claramente, de conformidad con el criterio jurídico que se realice sobre tal requisito.

Con el fin de saber si una propuesta se encuentra habilitada para ser evaluada y calificada, se realizará por parte de la comisión evaluadora designada para tal fin, una estricta verificación del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en dicha fase.

En el evento en que se disponga que un requisito habilitante puede ser subsanado por el proponente dentro del término establecido en el cronograma para realizar la

evaluación, la comisión evaluadora deberá solicitar al ofertante a través del medio de comunicación que se disponga el documento de condiciones de contratación, que se subsane tal requisito y se le otorgará plazo para su respuesta.

Si se ha designado Director del Proceso, éste deberá avalar tal situación, o en su defecto el jefe de la dependencia encargada de la contratación en la entidad. En todo caso, el miembro de la comisión evaluadora jurídica deberá refrendar tal situación.

De acuerdo con la naturaleza del bien o servicio a adquirir, los criterios de verificación, evaluación y ponderación, podrán ser:

2.2.1.5 Verificación requisitos habilitantes.

Una vez recibidas las propuestas la Comisión Evaluadora entrará a verificar si los proponentes cumplen con los requisitos y documentos habilitantes los cuales serán jurídicos, técnicos y/o financieros. En el evento en que se determine que un requisito habilitante podrá ser subsanado, ésta situación deberá encontrarse expresa en el documento de condiciones de contratación.

La documentación de carácter jurídico, técnico y financiero, será la señalada en el Estudio Previo de Conveniencia y Oportunidad y/o documento de Condiciones de Contratación.

2.2.1.6 Criterios de verificación y calificación.

Se podrán observar los criterios de verificación que se requieran, de conformidad con la naturaleza del bien o servicio a adquirir a excepción de la verificación de los requisitos de carácter jurídico. En los demás requisitos se podrán valorar la capacidad técnica y financiera, según sea el caso.

Tal como lo manifiesta el profesor y consultor Pachón Lucas, “los atributos de los proponentes no son objeto de ponderación (no se les puede asignar| puntajes). Por lo demás, los factores exigidos a los oferentes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y el valor del objeto a contratar. (Pachón, Lucas, Carlos, 2009. Pág. 34)

Se deberán evaluar y calificar los criterios que correspondan a cada proceso contractual, determinando el peso de ponderación para cada uno así:

Tabla 1

Criterios de Verificación y Ponderación

CRITERIO	PONDERACIÓN (%)
1	Y%
2	Y%
3	Y%
N	Y%
Total	100 %

Fuente: Los cuadros y elementos relacionados con la verificación y calificación de propuestas, se construyeron con base en consultas realizadas en diferentes pliegos de condiciones de procesos contractuales de diferentes entidades.

La calificación corresponderá a los criterios y ponderación establecidos en el estudio previo de conveniencia y oportunidad y se calificará de la siguiente manera:

Tabla 2

Cuadro de Calificación

CRITERIO	PONDERACIÓN (%)	PUNTAJE		
		*P1	*P2	TOTAL
1	Y%	Y ptos.	Y ptos.	Y ptos.
2	Y%	Y ptos.	Y ptos.	Y ptos.
3	Y%	Y ptos.	Y ptos.	Y ptos.
N	Y%	Y ptos.	Y ptos.	Y ptos.

Nota: *P1 y P2 propuestas evaluadas

Fuente: Los cuadros y elementos relacionados con la verificación y calificación de propuestas, se construyeron con base en consultas realizadas en diferentes pliegos de condiciones de procesos contractuales de diferentes entidades.

La Empresa Industrial y Comercial del Estado correspondiente deberá verificar los documentos que han sido aportados y determinará que propuestas han sido habilitadas, con el fin de continuar con la evaluación de las mismas. Se deberán utilizar como mínimo los criterios de evaluación que se describen a continuación:

2.2.1.6.1 Capacidad financiera

La comisión evaluadora, verificará el cumplimiento de los requisitos habilitantes en cuanto al conjunto de documentación e indicadores financieros y demás herramientas financieras que de la información solicitada se pueda extractar.

La comisión evaluadora adelantará el análisis de la Capacidad Financiera del proponente, con base en el cálculo de los indicadores razón corriente / nivel de endeudamiento / capital de trabajo / capacidad patrimonial y/o otros, soportados en los estados financieros con corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de las propuestas con el cumplimiento de las condiciones que se establecen a continuación:

Deberá determinarse el mínimo de la sumatoria de los óptimos para los indicadores en mención, que el proponente debe igualar o superar.

Sobre un 100% asignado a la Capacidad Financiera, el porcentaje otorgado al óptimo para cada indicador podrá ser:

Tabla 3

Calificación Financiera

INDICADOR	ÓPTIMO	%	PUNTAJES		TOTAL
			P1	P2	
Razón Corriente (liquidez)	Y	Y%	Y puntos	Y puntos	Y
Nivel de Endeudamiento	Y	Y%	Y puntos	Y puntos	Y
Capacidad patrimonial	Y	Y%	Y puntos	Y puntos	Y
Capital de Trabajo	Y	Y%	Y puntos	Y puntos	Y
Otros	Y	Y%	Y puntos	Y puntos	Y
Total	10	100%			

Nota: *P1 y P2 propuestas evaluadas

Fuente: Los cuadros y elementos relacionados con la verificación y calificación de propuestas, se construyeron con base en consultas realizadas en diferentes pliegos de condiciones de procesos contractuales de diferentes entidades.

Se entenderá como Capacidad Financiera del proponente la suma de los óptimos obtenidos en cada uno de los indicadores relacionados para cada caso.

Cuando un indicador financiero arroje como resultado una cifra negativa, el óptimo de dicho indicador será cero (0).

La propuesta deberá ser rechazada, en los siguientes casos:

- a) Cuando el proponente definitivamente no cumpla con los requisitos exigidos en el numeral correspondiente a la capacidad financiera del documento de condiciones de contratación, o cuando definitivamente no subsane los documentos según requerimiento efectuado por la comisión evaluadora.
- b) Cuando el proponente no cumpla como mínimo con el porcentaje determinado de la sumatoria para los indicadores previstos en el documento de condiciones de contratación.

2.2.1.6.2 Capacidad técnica

Se deberá exigir la información y/o documentación requerida de conformidad con la clase y calidad del bien y/o servicio a adquirir.

Así mismo, se deberán incluir todas las especificaciones y/o características del bien o servicio a adquirir, con el fin de que el proponente cuente con la información necesaria para la preparación de su oferta.

2.2.1.6.3 Capacidad operacional

Se debe exigir como soporte para verificar lo relacionado con la capacidad operacional, certificaciones sobre contratos o transacciones comerciales ejecutados y/o en ejecución, cuyo objeto sea igual o similar al objeto del correspondiente proceso de selección.

Deberá determinarse el número máximo y mínimo de certificaciones, el tiempo de las mismas y la sumatoria del valor.

En caso de que el proponente allegue certificaciones de contratos en ejecución, la certificación debe contener el porcentaje y/o valor ejecutado. El valor ejecutado debe ser igual o superior al 50% del valor total contratado, a la fecha de cierre del proceso.

Las certificaciones deben ser emitidas por clientes del oferente, con los requerimientos descritos a continuación:

- i) Objeto del Contrato.
- ii) Valor del Contrato.
- iii) Calidad del Servicio.

- iv) Porcentaje de participación del proponente en caso de que haya sido ejecutado en unión temporal o consorcio.

a. Precio

El precio se calificará de acuerdo con la siguiente fórmula, de manera que el mayor puntaje corresponda a la oferta más baja así:

Tabla 4

Calificación Factor Precio

<p>PUNTAJE OE = (Vr. OMB x YYY) / (Vr. Oferta evaluada)</p> <p>Donde: O.E. = Oferta Económica</p> <p>OMB = Oferta más baja</p>
<p>YYY = Puntaje otorgado de ponderación</p>

Fuente: Los cuadros y elementos relacionados con el precio, se construyeron con base en consultas realizadas en diferentes pliegos de condiciones de procesos contractuales de diferentes entidades.

b. Plazo

Se deberá otorgar el puntaje máximo al proponente que ofrezca el plazo de ejecución más bajo, sin que el plazo ofrecido comporte medida de tiempo artificialmente baja y se calificará de acuerdo con la siguiente fórmula:

Tabla 5***Calificación Factor Plazo***

PUNTAJE P.E. = (PMB x YYY) / (P.E. oferta evaluada)

Donde: P.E. = Plazo ejecución

PMB = Plazo más bajo

YYY = Puntaje otorgado de ponderación

Fuente: Los cuadros y elementos relacionados con el plazo, se construyeron con base en consultas realizadas en diferentes pliegos de condiciones de procesos contractuales de diferentes entidades.

2.2.1.7 Propuesta Económica.

La propuesta económica se podrá evaluar a través de: (i) media aritmética, (ii) media geométrica y (iii) regla de tres simple. De considerarse necesario, se podrá hacer uso del mecanismo de subasta inversa, para lo cual deberá estipularse dentro del documento de condiciones de contratación.

Podrá estipularse en el documento de condiciones de contratación que la oferta económica se presente en un sobre cerrado distinto del que contenga los demás aspectos de la propuesta y en cada caso se determinarán las condiciones para su apertura.

2.2.1.8 Características técnicas y actividades a desarrollar en la ejecución del contrato.

Se deben describir las actividades a desarrollar durante la ejecución del contrato así como las especificaciones de los bienes a adquirir establecidas en el estudio de conveniencia y oportunidad.

2.2.1.9 Documentos y requisito jurídicos.

Debe determinarse en este aparte, todos y cada uno de los requisitos y documento jurídicos que deben acompañar la propuesta, determinando la posibilidad de subsanar.

Para salvaguardar a la entidad estatal se dejará constancia en el documento de condiciones de contratación que los documentos previos exigidos no constituyen oferta ni obligan, salvo en lo que se refiere al deber de obrar de buena fe. Así mismo, se señalará que la adjudicación obliga a la entidad estatal y al adjudicatario a suscribir el contrato.

2.2.1.10 Designación del Director del Proceso.

Una vez estructurado el documento de condiciones de contratación el ordenador del gasto deberá designar si lo considera pertinente un Director del Proceso, según lo ameriten las condiciones y especificidades del proceso de selección.

El Director del Proceso coadyuvará con la dependencia encargada de la contratación en el impulso y correcto desarrollo de la actividad contractual del proceso que le ha sido encomendado, y emite la respectiva recomendación al Ordenador del Gasto sobre su adjudicación y/o declaratoria de desierto.

2.2.1.11 Nombramiento de la Comisión Evaluadora.

Antes de la expedición del Acto de Apertura del proceso, el ordenador del gasto designará la correspondiente comisión evaluadora, conformado como mínimo por un evaluador técnico, un evaluador financiero - económico y un evaluador jurídico.

Quienes realicen las evaluaciones técnica, jurídica y financiera - económica, deben realizar un juicioso estudio de manera integral a la oferta. Una vez producidas las evaluaciones debe presentarse un informe sobre las mismas al Director del Proceso, si lo hubiere, quien las verificará y realizará la correspondiente recomendación al ordenador del gasto.

Los miembros de la comisión evaluadora serán designados por el Ordenador del Gasto y deberán realizar las evaluaciones: jurídica, técnica y financiera - económica.

2.2.1.12 Acta de apertura.

En aras de dar cumplimiento al principio de transparencia, deberá elaborarse documento y/o Acto Administrativo que declare la apertura del proceso de invitación

pública a ofertar, determinando como mínimo el objeto del proceso, la fecha de apertura, la fecha de cierre y el presupuesto determinado para el proceso, así como los demás aspectos que se crean pertinentes.

2.2.1.13 Publicación.

En cumplimiento del principio de transparencia, publicidad y selección objetiva, la entidad deberá fijar criterios respecto a la publicación del acta de apertura, de los estudios previos de conveniencia y oportunidad y del documento de condiciones de contratación.

Para lo anterior, deberá en todos los casos publicarse en el portal web de la entidad y así mismo, se deberá fijar un tope presupuestal, a partir del cual deberá publicarse la apertura del proceso con los datos contenidos en el acta de apertura en un periódico de amplia circulación.

Una vez abierto el proceso y publicada el acta en el portal web y/o diario de amplia circulación, los interesados en participar dentro del proceso de selección deberán inscribirse de conformidad con el mecanismo que se determine para tal fin, dentro de los plazos determinados para ello en el cronograma del proceso, contenido en el documento de condiciones de contratación. En el evento de que resulten más de 20 inscritos, la entidad estatal determinará el máximo y podrá determinar la forma en que se realizará un sorteo para contar con 20 posibles oferentes dentro del proceso.

2.2.1.14 Observaciones.

Los interesados en participar en el proceso de selección, dentro del término establecido podrán presentar sus observaciones al documento de condiciones de contratación, a través del mecanismo determinado para tal fin en el documento de condiciones de contratación.

2.2.1.15 Respuestas.

Las respuestas a las observaciones presentadas por los interesados en participar deberán ser respondidas y publicadas dentro del término establecido en el portal web de la entidad estatal.

2.2.1.16 Acta de cierre.

Deberá elaborarse documento en el que conste que en la fecha y hora determinadas para el cierre del proceso se verificó la urna dispuesta para la inserción de las propuestas, determinando los aspectos más relevantes de cada una de ellas.

A este acto deberá asistir el Director del Proceso, los miembros de la comisión evaluadora, la dependencia de Control Interno o quien haga sus veces y los representantes de los oferentes. Todos los asistentes deberán suscribir el acta de cierre.

2.2.1.17 Evaluación.

Una vez llevado a cabo el cierre del proceso de selección, las propuestas deberán remitirse a los miembros de la comisión evaluadora para que se lleve a cabo el proceso de evaluación de conformidad con los criterios, cronograma y demás aspectos establecidos en el documento de condiciones de contratación.

La comisión evaluadora procederá a la evaluación de las propuestas en los términos señalados en el documento de condiciones de contratación y solicitará, si es del caso las aclaraciones a que haya lugar siempre y cuando no comporten modificaciones a las propuestas ni a los elementos esenciales que se deban tomar para calificar las propuestas.

2.2.1.18 Informe de Evaluación.

La comisión evaluadora deberá proyectar el informe de evaluación, el cual en virtud del principio de transparencia y contradicción deberá dejarse a disposición de los oferentes en el portal web de la entidad estatal por el término señalado en el documento de condiciones de contratación, para que sí es el caso presenten sus observaciones al respecto.

2.2.1.19 Observaciones al informe de evaluación.

Los oferentes podrán presentar sus observaciones al informe de evaluación a través del mecanismo dispuesto para tal fin y dentro del término establecido en el documento de condiciones de contratación.

Una vez recibidas las observaciones realizadas por parte de los oferentes al informe de evaluación, el Director del Proceso las remitirá a todos los miembros de la comisión evaluadora para su revisión, análisis y respuesta.

2.2.1.20 Acta de adjudicación o de declaratoria de desierta.

Se deberá realizar documento en el cual se consignará el acta de adjudicación o de declaratoria de desierta y las respuestas emitidas por la comisión evaluadora una vez revisadas y analizadas por el Director del Proceso.

Es de importancia mencionar que no es viable declarar desierto cualquier proceso de adjudicación con fundamentos en argumentos vagos e imprecisos.

En el mismo acto de adjudicación el ordenador del gasto tomará la decisión a que haya lugar de conformidad con las evaluaciones presentadas y la recomendación sugerida, si es procedente.

La entidad estatal comunicará la decisión a través de su portal web. Si el oferente seleccionado no llegara a suscribir el contrato, sin que medie justificación alguna, se podrá adjudicar a la segunda mejor oferta y así sucesivamente hasta la suscripción del contrato.

En el evento en que se agoten los oferentes y ninguno se presente a suscribir el contrato, la entidad estatal podrá iniciar un nuevo proceso de selección sin perjuicio de la iniciación del proceso para hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta correspondiente.

2.2.1.21 Prórroga.

Antes de su vencimiento el Director o Gerente General o su delegado podrá prorrogar todos los plazos del proceso de Invitación Pública para Ofertar, incluyendo el previsto para la firma del contrato, sin que ésta prórroga pueda exceder el doble del término allí establecido.

En este caso, se señalará que los oferentes se obligarán a obtener la prórroga de la garantía de seriedad de la oferta.

2.2.1.22 No adjudicación e iniciación de un nuevo proceso.

En caso de no haberse recibido propuestas o aunque se recibieran y no se haya podido adjudicar el respectivo contrato, el ordenador del gasto podrá iniciar un nuevo

proceso de selección en el caso de continuar existiendo la necesidad de la contratación no adjudicada.

2.2.1.23 Saneamiento del proceso de selección.

Cuando durante el proceso Invitación Pública para Ofertar se encuentre que se ha desconocido algún trámite, requisito o procedimiento señalado en el manual de contratación o en la Ley, el ordenador del gasto podrá sanear el procedimiento, si ello es posible, ordenando el cumplimiento del trámite, requisito o procedimiento omitido y concediendo un plazo adicional a los interesados siempre y cuando lo anterior no vaya en contra de la Ley.

2.2.1.24 Minuta del contrato.

La dependencia encargada de la contratación en la entidad deberá proyectar el respectivo contrato, debiendo consignar, además de las cláusulas correspondientes, todos los detalles relevantes del proceso de selección.

Adicionalmente y con el fin de que las personas naturales o jurídicas que cuenten con la capacidad jurídica y experiencia requerida, se presenten a participar en el mismo, adelantado por el procedimiento de Invitación Pública para Ofertar, se publicarán en portal web de la entidad estatal todos los documentos que se produzcan en desarrollo del mismo y las comunicaciones se realizarán únicamente a través de este medio.

Igualmente, las comunicaciones de los posibles oferentes o participantes en el proceso únicamente se recibirán a través del correo electrónico dispuesto para tal fin.

2.2.2 Invitación privada para ofertar.

Se entiende por Invitación Privada para Ofertar, el procedimiento por el cual la entidad estatal mediante comunicación enviada por el Director del Proceso invita a presentar propuesta a aquellas personas que a juicio de ésta cumplan con los requisitos establecidos en los estudios previos, en los cuales se deberá incluir los nombres de las personas naturales o jurídicas a invitar, (con el soporte de lo anterior), con el fin de seleccionar la propuesta más favorable a efectos de elegir el contratista que ofrezca las mejores condiciones para el suministro del bien o servicio que se pretende contratar.

La entidad estatal podrá contratar mediante esta modalidad de selección, la adquisición de bienes muebles y/o servicios que se requieran para el desarrollo, ejecución y cumplimiento de su objeto social y naturaleza, de conformidad con la normatividad relacionada con dichos aspectos.

Además, en los siguientes eventos, la entidad estatal contratará a través de esta modalidad de selección:

- a) Contratos de consultoría
- b) Contratación de tecnología
- c) Contratos relacionados con la seguridad de la información
- d) Aquellos procesos de Invitación Pública para Ofertar declarados desiertos.

Para el desarrollo del adelantamiento del proceso de Invitación Privada para Ofertar, se deberán surtir todas las etapas detalladas en dicho proceso, a excepción de lo relacionado con la publicación en el portal web de la entidad y en el periódico de amplia circulación, toda vez que las comunicaciones que se requieran den desarrollo del mismo se realizarán de manera directa a los invitados a ofertar.

Al igual que en el Proceso de Invitación Pública para Ofertar, el documento de condiciones de contratación es el documento mediante el cual la entidad estatal detalla las "condiciones" para la presentación de la propuesta y las que debe reunir el interesado para participar en el proceso, se establecen los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y demás reglas del proceso de selección que se requieran.

En el documento de condiciones de contratación, se deberá indicar que se trata de una Invitación Privada para Ofertar, y se deberá remitir a los invitados a participar en el proceso de selección.

2.2.3 Contratación directa.

Se entiende por contratación directa la modalidad de selección mediante la cual la entidad estatal puede contratar una persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario obtener previamente varias ofertas.

Vale la pena destacar lo señalado por los tratadistas Ramos Acevedo, en el sentido de que “En esta clase de modalidad de selección según el párrafo del artículo 6 del Decreto Ley 2474 de 2008, no se requiere “pliego de condiciones”, ni tampoco se llevara a cabo la “convocatoria pública” (...)” (Acevedo Ramos, Jairo y Acevedo Ramos, Amparo, 2012. Pág. 33)

El estudio previo de conveniencia y oportunidad que se elabore para la selección mediante la modalidad de contratación directa deberá contener, además de los aspectos mínimos ya mencionados, lo siguiente:

- a) Perfil profesional, técnico y/o de experticia requerido, con indicación de la formación académica de conformidad con el conocimiento relacionado con el área de que se trate.
- b) Indicación del nombre de la persona natural o jurídica, de derecho público o privado que se sugiere contratar.
- c) La justificación de manera clara, expresa, específica y documental sobre idoneidad y experiencia.
- d) Relación de los documentos requeridos para la celebración del contrato, de conformidad con lo establecido en el manual interno de contratación.

De acuerdo con el bien o servicio a adquirir, no obstante tratarse de una contratación directa, y con el fin de insertarle una mayor transparencia a la escogencia del contratista, se podrán realizar invitaciones a personas naturales o jurídicas que a juicio de la Entidad puedan desarrollar el objeto que se pretende contratar.

En este evento, se procederá de la siguiente manera:

La dependencia usuaria remitirá con la invitación, extracto del proyecto de estudio previo de conveniencia y oportunidad, específicamente del capítulo correspondiente a la necesidad que se pretende satisfacer y de las demás condiciones que considere relevantes.

Deberá dejarse constancia de los factores de escogencia de la persona natural o jurídica que se sugiere contratar, mediante el análisis de hojas de vida y/o propuestas, para lo cual se podrán utilizar los criterios de calificación y verificación determinados en para ello.

a. Contratación directa en razón al objeto contractual.

Se adelantará proceso de contratación directa cuando la entidad estatal requiera la contratación de prestación de servicios que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, siempre y cuando estén en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate.

b. Contratación directa ante la no pluralidad de oferentes.

Igualmente, se utilizará la modalidad de contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se deberá entender por la no existencia de pluralidad de oferentes cuando sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser

el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o por ser su proveedor exclusivo, situación que deberá ser soportada.

De igual manera, podrá adelantarse la contratación directa en los casos de contratos de permuta y/o comodato, en cuanto la relación contractual respecto a los bienes objeto del acuerdo contractual sólo pueda realizarse con determinada persona natural o jurídica.

c. Contratación directa para la celebración de contratos o convenios interadministrativos y convenios de cooperación.

La entidad estatal podrá celebrar convenios o contratos interadministrativos, así como también convenios de cooperación, regidos por el derecho público o privado, a través de la modalidad de la contratación directa cuando así se requiera, con entidades de cooperación nacionales o extranjeras; con entidades estatales del orden nacional, departamental, distrital o municipal; con entidades públicas o privadas de carácter financiero de cualquier orden y naturaleza, nacionales o extranjeras, todo de conformidad con los lineamientos trazados por la Ley 1150 de 2007.

d. Contratación directa para la celebración de contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles.

La entidad estatal podrá celebrar contratos o convenios, a través de la modalidad de la contratación directa para el arrendamiento en calidad de arrendador o arrendatario

o para la adquisición de inmuebles cuando se pretenda, con entidades de derecho público o privado, observando la normatividad aplicable a cada caso.

Capítulo III

Perfeccionamiento, Legalización y Ejecución del Contrato o Convenio a Suscribir

No obstante que la contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero se realizan bajo el amparo de un régimen especial, como ya se indicó, no debe perderse de vista que se trata de entidades estatales, razón por la cual el manual interno de contratación que se elabore deberá tener de presente su naturaleza jurídica.

Es así, como además de la manifestación de la voluntad de las partes la cual se traduce en la firma del acuerdo contractual, debe establecerse como requisito para el perfeccionamiento del mismo, la expedición del certificado de registro presupuestal el cual concreta la apropiación de los recursos para atender el gasto.

De igual manera, debe reglarse lo relacionado con el seguimiento a la ejecución del contrato, toda vez que el manual no debe limitarse a las actuaciones encaminadas a la suscripción del contrato sino que su ámbito de aplicación debe abarcar todo lo relacionado con la ejecución del mismo y sus aspectos intrínsecos, como lo son las modificaciones, prórrogas y/o adiciones, las cuales deben ser verificadas y avaladas en cuanto a su pertinencia en primera instancia por la supervisión contractual.

Los contratos o convenios que celebre la entidad estatal deberán contener todas las formalidades plenas exigidas en la Ley, así como las especificaciones indicadas en: i) el estudio previo o documento de justificación de la contratación directa, ii) en el documento de condiciones de contratación y iii) en la propuesta presentada por el oferente.

3.1 Requisitos de Perfeccionamiento

El contrato o convenio deberá suscribirse por las partes facultadas legalmente para ello como señal de acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento. Una vez suscrito el contrato y como requisito interno para la ejecución del correspondiente contrato, el acuerdo contractual deberá contar con el respectivo registro presupuestal, previa solicitud de la dependencia encargada de la contratación.

3.2 Requisitos de Ejecución

En el evento en que se requiera, por razón de la naturaleza o cuantía del contrato o convenio suscrito que el contratista constituya garantía única de cumplimiento, en el contrato se deberá consignar que la misma deberá ser entregada en la entidad estatal en un término que no podrá exceder de tres (3) días hábiles siguientes a la firma y entrega del mismo. Lo anterior, con el fin de que la póliza sea revisada y aprobada por la entidad.

En el evento en que sea necesario solicitar modificación a la misma se deberá realizar el trámite en el término máximo de un (1) día hábil siguiente al recibo de la póliza. Para estos efectos se deberá informar sobre dicho término al contratista, so pena de incumplimiento de sus obligaciones.

3.3 Supervisión

Una vez cumplidos los requisitos previstos en los numerales anteriores, el Director o Gerente General designará el supervisor del contrato, designación que deberá ser comunicada debidamente al supervisor y al contratista.

El supervisor deberá evaluar al contratista sobre la ejecución y desarrollo del contrato, evaluación que deberá efectuarse en forma periódica o única de conformidad con la naturaleza del bien o servicio a adquirir mediante el diligenciamiento de los formatos establecidos para tal fin.

3.4 Acta de Inicio

Tratándose de contratos o convenios de tracto sucesivo, es decir los de prestación de servicios o de suministro que se prolonguen en el tiempo, sin excepción alguna será requisito de ejecución la suscripción del acta del inicio por parte del supervisor designado por la entidad estatal y el contratista o supervisor designado por éste para tal fin.

3.5 Prorrogas y Adiciones

En el evento en que así se requiera por necesidad del servicio y/o conveniencia de la entidad estatal y según el cumplimiento del contratista del objeto contratado, la entidad podrá prorrogar el contrato por el tiempo que sea necesario y máximo hasta por el cien por ciento (100%) de su valor inicial -es un ejemplo que deberá determinar y evaluar la entidad estatal siempre y cuando no comprometan vigencias futuras-, previa solicitud escrita de la supervisión del contrato, la prórroga deberá contener entre otros, el tiempo y/o valor que se sugiere adicionar, así como la justificación de la necesidad que determina la solicitud de adición y/o prórroga, siempre con el visto bueno del ordenador del gasto.

Además de lo anterior, al momento de celebrar una adición o prórroga al contrato podríamos estar frente a una modificación contractual, en éste caso debe tenerse en cuenta lo doctrinado al respecto, en el sentido de que “por modificación contractual la doctrina civilista ha entendido tradicionalmente todos aquellos puestos en que, sin alteración esencial del contrato, este continúe vigente con el mismo objeto y entre las mismas partes, sin perjuicio de que aspectos no esenciales del mismo se vean alterados por voluntad concorde de estas.” (Ariño Sánchez, Rafael, 2005. Pág. 807)

CONCLUSIONES

Frente al objetivo propuesto en la presente investigación se identificaron y desarrollaron los parámetros mínimos que se deben tener en cuenta al momento de la elaboración de los manuales internos de contratación de las entidades estatales excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta que se establecieron y describieron los principios rectores de la contratación administrativa que deberán aplicar esta clase de entidades estatales en sus procesos contractuales para el cumplimiento de su objeto social.

Determinando así las etapas para el desarrollo de sus actividades contractuales: i) Etapa de Planeación, ii) Etapa Precontractual, iii) Etapa Contractual y iv) Etapa Poscontractual; así como los procesos de selección a utilizar para la contratación de bienes y servicios que requieran las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero, tales como contratación directa, invitación pública para ofertar e invitación privada de ofertas. Así mismo, se establecieron los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos para este tipo de entidades estatales, para que cuenten con todas las formalidades de Ley.

REFERENCIAS

ACEVEDO, J. (2012). *Contratación Estatal Teoría General y Especial*. (2ª ed.). Colombia: Editorial Ibáñez.

ARIÑO, R. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tomo III: La Gestión del Contrato*. Granada: Editorial Comares.

ARISTIZABAL, G. (2009). *Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo*. (4ª ed.). Colombia: Librería Jurídica Sánchez R.

ARISTIZÁBAL, G. (2013). *Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo*. (5ª ed.). Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

ATEHORTÚA, C. (2010). *Temas en Contratos Estatales*. (1ª ed.). Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.

BENAVIDES, J. (2009). *Contratación Estatal estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia.

CÁRDENAZ, H. (1994). *Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. (1ª ed.). Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (1970). Madrid: Espas-Calpe.

DROMI, R. (2010). *Licitación Pública*. (4 ed.). Argentina: Editorial Ciudad Argentina.

GRUPO EDITORIAL NUEVA LEGISLACIÓN LTDA. (2010). *Estatuto General de la Contratación Pública y Registro único de Proponentes*. Colombia.

LAMPREA, P.A. (2007). *Contratos Estatales*. Colombia: Editorial Temis.

MATALLANA, E. (2012). *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. (3ª ed.). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

MELÉNDEZ, J.I. (2009). *La responsabilidad contractual en el Derecho Público de los contratos Estatales, tomo I*. Colombia: Editorial Doctrina y Ley.

PACHON, C. (2009). *Estatuto General de la Contratación Publica concordancias jurisprudencia explicaciones y comentarios*. (4ª ed.). Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

PALACIO, J.Á, (2007). *La transparencia en la Contratación del Estado*. Colombia: Editorial Doctrina y ley Ltda.

PALACIO, J.C. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Colombia: Librerías Jurídicas Sánchez.

RODRIGUEZ M. F. (2011). *Los Contratos Estatales en Colombia*. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

SANTOFIMIO, J.O.; BENAVIDES J.E. (2009). *Contratación Estatal estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia.

SOLANO, J.E. (2010). *Contratación Administrativa Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007*. (4ª ed.). Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

SUÁREZ, G. (2007). *Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Colombia: Editorial Legis.

SUÁREZ, G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Colombia: Legis.

YONG, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. (2ª ed.). Colombia: Editorial Ibáñez.

BETANCUR CUARTAS, J. *Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado* – radicación 558 del 3 de diciembre de 1993. Colombia.

CONPES No. 3249 del 20 de octubre de 2003, *Política de Contratación Pública para un Estado General*. Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *sentencia del 31 de agosto de 2006*, radicación R- 7664. Colombia.

Contraloría General de la República. *Concepto 80112- EE54389* de septiembre 4 de 2008. Colombia.

CORREA PALACIO, Ruth Stella, *Circular conjunta No. 04 de la Procuraduría General de la Nación y Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado*, radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); (25206); (25409); (24524); (27834); (25410); (26105); (28244); (31447) – Acumulados, 3 de diciembre de 2007. Colombia.

ESCOBAR GIL, R. (Agosto 9 de 2005) Corte Constitucional, *Sentencia C-818*. Colombia.

GIL BOTERO, E. (Junio 23 de 2010) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Sentencia 1994-00225-01 (16367)*. Colombia.

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- Vs SOCIEDAD DE INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A., *Laudo Arbitral*, 30 de noviembre de 2001. Colombia.

Ley 1150 (16, julio, 2007) *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Diario Oficial No. 46.691. Bogotá, D.C.

Ley 80 (23 octubre, 1993) *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial. No. 41.094. Bogotá, D.C.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *expediente 10-007524-0007-CO* del 11 de enero de 2012. Colombia.

Valle de la Hoz, O. Consejo de Estado. *Sentencia 17767*, enero 31 de 2011. Colombia.