

CARTILLA CONTRACTUAL

2015

DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN ESTATAL

ÍNDICE

I. GLOSARIO CONTRACTUAL

II. MÓDULO DE PLANEACIÓN

- De los puntos relevantes dentro de un estudio previo para el sector defensa.
- De la forma para determinar el presupuesto que respaldará una adquisición de un bien o servicio.
- Del procedimiento que debe seguirse para realizar un sondeo de mercado efectivo y sólido.
- De la determinación de los bienes y servicios de producción nacional.
- De la participación obligatoria de Mypes y Mipymes.
- De las políticas de austeridad en el gasto.
- De las adquisiciones con cargo al rubro gastos reservados.
- De la iniciación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos.
- De la falta de previsión para la solicitud de adiciones o modificaciones a los contratos.
- De los ejemplos prácticos que muestren una buena y una mala planeación.

III. MÓDULO DE SUPERVISIÓN

- De los perfiles y grado de instrucción requeridos para ejercer dicha función.
- De las diferencias entre supervisión e interventoría.
- De los ejemplos prácticos que muestren una buena y una mala supervisión.
- De las implicaciones jurídicas por el no cumplimiento de las funciones de la supervisión.

IV. MÓDULO DE DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA Y SU GARANTE

- De la no existencia de la falsa motivación y de la desviación del poder.
- De la existencia de la competencia del servidor público para realizar la citación a la audiencia, a la luz del ordenamiento jurídico y por sobre todo de la resolución de delegación expedida por el señor Ministro de Defensa Nacional.
- De la declaratoria de siniestro de un amparo cubierto por la garantía única del contrato y la vinculación al garante del contrato.
- De la vigencia de la garantía para realizar alguna reclamación.
- De la tasación de los perjuicios causados.
- De la incongruencia entre la tasación de perjuicios vs a la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato.
- De la aplicación del procedimiento previsto en la Ley para llevar a cabo una audiencia de debido proceso.
- De las responsabilidades de los intervinientes en el debido proceso.
- De los ejemplos prácticos que muestren el desarrollo de un debido proceso, acorde con el ordenamiento jurídico y uno que no.

I. GLOSARIO CONTRACTUAL

ACTA DE INICIO DEL CONTRATO: Es el documento en el cual se deja constancia de la iniciación de las actividades objeto del contrato.

ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO O ACTA DE LIQUIDACIÓN: Es el documento de corte de cuentas entre las Partes, en el cual se deja constancia de lo ejecutado por el Contratista, los pagos efectuados, los ajustes, reconocimientos, revisiones, multas aplicadas, los descuentos realizados, los acuerdos, conciliaciones, transacciones a que llegaren las Partes, saldo a favor o en contra del Contratista y las declaraciones de las Partes acerca del cumplimiento de sus obligaciones.

ACTA DE RECIBO FINAL: Es el documento en el cual se deja constancia del recibo del objeto contratado, por parte de la Entidad.

ACTO ADMINISTRATIVO: Toda declaración unilateral proferida en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos y definitivos sobre un determinado asunto.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL: Es la capacidad o facultad que tiene una entidad o una persona jurídica para adquirir obligaciones y esa autonomía es derivada de la ley.

CADUCIDAD: Facultad con la que cuentan las entidades públicas para dar por terminado un contrato en los casos previstos para tal efecto por la ley, bien se deban a culpa imputable al contratista o a acontecimientos que, aun teniendo que ver con él, no constituyen incumplimiento del mismo.

CASO FORTUITO: Se configura como hechos de un tercero o actos de autoridad que interrumpen de forma temporal la ejecución del contrato y que afectan la economía del mismo. Tienen la misma consecuencia jurídica desde el punto de vista del Código Civil Colombiano, es decir, exoneran de responsabilidad a quien la sufre. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, al imprevisto a que no es posible resistir, y es producida después de la celebración del contrato, con ausencia de culpa de quien la padece o la sufre. Ejemplos: Hechos producidos por la naturaleza (naufragio, terremoto) o por un tercero (el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, la detención de autoridad pública.)

CCB: Cámara de Comercio de Bogotá.

CLÁUSULA: Hace referencia a lo que se compromete el contratista, ya sea a entregar determinada cantidad de elementos, o a prestar un determinado servicio,

etc. Debe ser muy completo y deberá estar orientado a satisfacer una necesidad sentida de la comunidad o de la administración.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES: Se les conoce como estipulaciones contractuales que tienen por objeto conferir a la entidad pública contratante prerrogativas particulares, diferentes a las que normalmente se pactan en los contratos entre particulares. En todos los casos, estas cláusulas buscan evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos que se esperan proveer con la ejecución de un contrato, por lo cual el Estado tiene el derecho de actuar unilateralmente. Esta es la condición esencial para que el ente público pueda interponerlas.

Son cláusulas excepcionales al derecho común las de interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad y reversión.

CONTRATISTA: Persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, que individualmente o en conjunto con otra(s) se obliga(n) a una determinada prestación, según las especificaciones del objeto del contrato y las condiciones de este, a cambio de una contraprestación.

CONTRATO: De conformidad con el artículo 1495 del Código Civil, contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas cosas.

CRONOGRAMA DE LA CONTRATACIÓN: Formato en el cual se encuentran los términos o plazos estipulados para llevar a cabo todo el proceso de contratación; desde la fase preparatoria hasta la contractual.

DAÑO PATRIMONIAL: Lesión del patrimonio público representada en el menos-cabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión antieconómica, ineficaz, inequitativa e inoportuna que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño se podrá ocasionar por acción o por omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

DEBIDO PROCESO: Sometimiento de todas las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas, en cuanto a los efectos que produzcan sobre el interés particular, a las formalidades preestablecidas por las normas jurídicas.

EJECUTAR EL CONTRATO: Es cuando se realiza dicho contrato; en el inicio de la ejecución es precisa la aprobación de la garantía por la entidad, siempre que esta ampare el cumplimiento oportuno e idóneo del respectivo contrato y la existencia de disponibilidad presupuestal, salvo si se trata de recursos de vigencias futuras.

FUERZA MAYOR: Se configura como hechos de la naturaleza que interrumpen de forma temporal la ejecución del contrato y que afectan la economía del mismo.

FUERZA MAYOR ASEGURABLE: Son los hechos de la naturaleza que son susceptibles de traslado, por ejemplo a un aseguradora.

GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA O GARANTÍA: Garantía (Póliza de seguros, Fiducia mercantil en garantía, Garantía bancaria a primer requerimiento, Endoso en garantía de títulos valores, Depósito de dinero en garantía), constituida por el oferente para amparar el cumplimiento de la Propuesta.

INTERVENTOR: Se entiende como agente que controla, vigila, supervisa o coordina la ejecución del contrato con el ánimo de que este se cumpla a cabalidad o por el contrario, cuando hay dificultades, se tomen las medidas que sean pertinentes para requerir y sancionar a los contratistas incumplidos.

Como regla general para lograr una adecuada supervisión o Interventoría en los contratos, quien ejerza esta actividad deberá tener en cuenta que es necesario llevar a cabo controles desde el punto de vista administrativo, financiero y técnico.

JURISDICCIÓN COACTIVA: Conjunto de procesos para hacer efectiva la orden dictada por la administración para el cobro de una obligación. Es una acción de naturaleza administrativa y no judicial. Atribución asignada a las entidades de derecho público, tanto nacionales como territoriales, para hacer efectivas por sus propios medios las obligaciones legalmente causadas en su favor cuando los deudores las incumplieren. Procede igualmente contra las obligaciones exigibles a los funcionarios públicos.

MINUTA: Extracto o borrador que se hace, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección.

MULTA: Se presenta cuando el contratista incumple parcialmente una o más cláusulas del contrato. Para algunos tratadistas, no es considerada una sanción, sino más bien una enérgica llamada de atención, con el fin de que el contratista de cabal cumplimiento a lo pactado.

NOTIFICACIÓN DE PÓLIZAS: Una póliza se notifica cuando el contratista la adquiere y se la remiten a la entidad contratante, o cuando se incurre en un riesgo de los contenidos en la póliza y se le notifica al contratista que se incurrió en dicho riesgo.

PLAZO: Tiempo específico en el que han de realizarse cuantos trámites sean necesarios y exigidos para una actividad en concreto, fuera del cual ello ya no será posible.

PÓLIZA DEL CONTRATO: Es un documento justificativo que se utiliza debido a que los contratos administrativos tienen unos riesgos en los cuales podría incurrir el contratista, por esta razón las compañías aseguradoras venden una póliza de carácter general que cubren todos los riesgos que pueden ocurrir en el desarrollo del contrato.

PRESCRIPCIÓN: Es una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual, se adquieren o se extinguen derechos, por haberse agotado un término de tiempo fijado por la ley.

PROCEDIMIENTO: Sucesión cronológica de operaciones concatenadas entre sí, que se constituye en una unidad de función para la realización de una actividad o tarea específica dentro de un ámbito predeterminado de aplicación.

RECURSO DE REPOSICIÓN: Se interpone contra las providencias dictadas por el mismo funcionario, para que se revoken o se reformen.

SECOP (SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA): El Portal Único de Contratación www.contratos.gov.co, es un sistema electrónico que permite la consulta de información sobre los procesos contractuales que gestionan, las entidades del Estado sujetas al Régimen de Contratación establecido en la Ley 80 de 1993.

El principal objetivo del Portal es promover la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por Internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía en general, así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el Estado, con el consiguiente impacto económico que ello genera en la pequeña, mediana y grande empresa, en los niveles locales e internacionales.

SUPERVISOR: Es el funcionario de la entidad a quien asigna para los mismos fines y propósitos. Dada su calidad de funcionario siempre será una persona natural.

II. MODULO DE PLANEACIÓN

La Planeación es la etapa de concepción del contrato o de definición de los requerimientos de una contratación. Todo trámite contractual deberá corresponder a una cuidadosa planeación, para contribuir en forma eficiente al logro de los objetivos Institucionales, estableciéndose previamente las necesidades de la entidad para el cumplimiento del servicio público que le ha sido encomendado, la disponibilidad de los recursos suficientes para respaldar la contratación, las condiciones, los riesgos, plazos, valor y el esquema que implementará para establecer el seguimiento y control a la actividad, servicios o bienes contratados

➤ De los puntos relevantes dentro de un estudio previo para el sector defensa.

De conformidad con lo señalado en el Decreto 1510 de 2013, los estudios previos deberán contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

Estos elementos de base para la construcción de un Estudio Previo (tal como están contenidos en el artículo 2.2.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015), y que se entienden ser comunes a todas las Entidades obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, han de complementarse en sus aspectos específicos para las diferentes Unidades Ejecutoras del Ministerio de De-

fensa Nacional, acorde con los lineamientos que el materia de políticas de contratación se han impartidos desde la Dirección de Contratación Estatal, particularmente la Directiva Ministerial No. 15 del 20 de marzo de 2015, la cual está acompañada de un modelo de Estudios Previos.

➤ **De la forma para determinar el presupuesto que respaldará una adquisición de un bien o servicio.**

Hoy día, tal como lo prevé el artículo 2.2.1.1.1.4.1 Decreto 1082 de 2015, “*Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el **valor estimado** del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones*”. Pues bien, la estimación del valor, o el presupuesto para respaldar la futura adquisición, como es natural, ha de partir de alguna fuente, recomendando que a priori, sea el propio mercado que ofrece el bien, obra o servicio que requiere la Entidad. De esta manera, por vía de un estudio de mercado, preliminar, proyectado con el aumento del índice de precios al consumidor en cada vigencia, se puede determinar el presupuesto que a posteriormente se requerirá para llevar a cabo el proceso contractual. Por supuesto, al momento en que se vaya dar formal inicio a la contratación se deberá validar este presupuesto con un completo estudio de mercado que deberá contemplar:

Así las cosas, se detallan algunos referentes válidos para su confección:

Análisis de la estructura de costos.

Costos de oportunidad.

Valoración de beneficios

Condiciones del contrato

Costos indirectos

Precios Históricos

Análisis del sector

Sondeo de Mercado

Costos del Proceso

Sector Económico

Estudio ambiental

➤ **Del procedimiento que debe seguirse para realizar un sondeo de mercado efectivo y sólido.**

Un buen sondeo de mercado permitirá conocer a la Entidad si sus estimaciones económicas para establecer un presupuesto, realizadas antes de consultar el mercado, estaban cerca o no de la realidad del comercio de bienes y servicios al cual se dirigirá la futura contratación.

El sondeo de mercado deberá referir detalladamente las cotizaciones de mercado efectuadas, con los términos de tiempo y condiciones cercanas a la fecha en que se realizará el proceso, detallando los precios cotizados para cada uno de los ítems que se van a adquirir (si es del caso).

Para realizar este sondeo es sano exponer las condiciones de compra de la Entidad, recordando que no es lo mismo una cotización por volumen de compra, que por cantidades unitarias o menores.

Los ciclos en la forma de pago que reglamentariamente manejan las Entidades Públicas, otorgan condiciones especiales para la confección de una cotización.

Aunque los actores del mercado no están en ninguna obligación de dar respuesta a la Entidad que realiza el sondeo, la calidad del mismo se puede medir en proporción al volumen de respuestas que los sujetos consultados remitan.

➤ **De la determinación de los bienes y servicios de producción nacional.**

En algunos casos se omite la aplicación de la Ley 1089 de 2006, y su Decreto Reglamentario 660 de 2007, los cuales constituyen un requisito *sine qua non* para la adquisición de bienes y servicios, destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en igual caso se encuentra la Ley 816 de 2003, por la cual se apoya la industria nacional, por esta razón se detalla a continuación la forma de aplicación de las mismas:

Existencia o no de producción nacional en términos de competencia abierta de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional: previo a la apertura de cualquier proceso que tenga por objeto la adquisición de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa, deberá cumplirse con el principio de planeación, es decir determinando claramente si los bienes y servicios a adquirir son de producción nacional, así mismo se establecerá si existe, o no variedad de precios de mercado.

➤ **De la participación obligatoria de Mipymes.**

Siguiendo con el marco normativo que favorece la participación de productores nacionales, es menester tener en cuenta en los estudios previos respecto al **PERFIL DE LOS PARTICIPANTES**, lo previsto en el Artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, y en el Decreto 1082 de 2015, los cuales se prevén expresamente la obliga-

toriedad de la participación de las Mipymes, y de la industria nacional, en los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la convocatoria, siempre y cuando se verifiquen los requisitos establecidos en el decreto antes citado, la contratación se limitará exclusivamente a las Mipymes.

➤ **De las políticas de austeridad en el gasto.**

Aunque en Colombia existe un amplio compendio normativo relativo a la adopción por parte de las entidades estatales de políticas dirigidas a la austeridad en el gasto público, en su sentido lato, este concepto hace referencia a evitar incluir gastos innecesarios o injustificados en los procesos de contratación. De suyo, esta aproximación al tema parecería muy amplia, y es que, amén de los diferentes decretos, directivas, circulares, etc., expedidos por el Gobierno Nacional requiriendo a los ordenadores del gasto evitar ciertas expensas, reduciendo ciertas otras, el punto radica en que la apropiada gestión en la planeación de la contratación debe estar orientada a estructurar el proceso de contratación requiriendo únicamente aquellos elementos o servicios estrictamente necesarios para que se logre concretar el objeto contractual, y con ello, consiguiendo ahorros significativos al erario público.

En la actualidad, se recomienda prestar especial atención a la Directiva Presidencial No. 06 del 2 de diciembre de 2014, por la cual se adoptan medidas del Plan de Austeridad que buscan generar ahorros adicionales al recorte del 10% en gastos generales aprobado en la Ley de Presupuesto 2015. Entre otros, dicha Directiva recomienda especialmente hacer uso de los Acuerdos Marco de Precios promovidos por Colombia Compra Eficiente; reducir gastos en publicaciones, en viajes y viáticos; en consumo de vehículos, gasolina, papelería, telefonía, servicios públicos, eventos y capacitaciones, etc.

➤ **De las adquisiciones con cargo al rubro gastos reservados.**

En atención a la expedición de las Leyes 1097 de 2006 y 1219 de 2008, existe un procedimiento especial para este tipo de adquisiciones (*Ley 1097 de 2006 “Artículo 1º. Definición de gastos reservados. Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes”*). Debido a dicha connotación especial de estas adquisiciones los estudios previos serán sucintos en los que se determinará la necesidad y la condición técnica, así mismo se tendrá en cuenta los precios y las condiciones del mercado cuando ello aplique

➤ **De la iniciación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos.**

La ejecución corresponde al período dentro del cual las partes cumplen cabalmente las obligaciones asumidas para ejecutar el objeto contractual.

La anomalías en este aspecto se refieren a que de forma contraria a lo que determina la Ley, los servidores públicos, permiten que se inicie la ejecución del contra-

to sin que la entidad tenga el certificado de disponibilidad presupuestal, o sin que el contratista haya constituido la garantía, o cumpliendo los requisitos pero de forma irregular.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, disponiendo que para la ejecución del contrato, se requiere de:

- La aprobación de la garantía
- La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto y,
- Acreditar por parte del contratista que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

➤ **De la falta de previsión para la solicitud de adiciones o modificaciones a los contratos.**

Esta serie de hallazgos se presentan con ocasión a la omisión de la Entidad, o su indisponibilidad de una actividad que es necesaria para el desarrollo del contrato.

Es por esto, que continuando con los lineamientos establecidos en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que “...las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales...”, se deduce la posibilidad de adicionar o prorrogar, por mutuo acuerdo los contratos, siempre y cuando las adiciones, y modificaciones se encuentren debidamente justificadas; contrario sensu de forma taxativa se indica en el mismo artículo que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%), de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

En todo caso, tanto la adición, como la prórroga contarán con la aprobación del ordenador del gasto, previa justificación de la Interventoría o supervisión del contrato, según sea el caso. Suscrita la prórroga o adición, corresponde al contratista ampliar las garantías en valor o plazo, según lo disponga el documento respectivo.

Durante la ejecución contractual, la Entidad tendrá que ocuparse de diversas situaciones que ameritan realizar modificaciones a los contratos. El cuidado que debe tenerse, es el de justificar técnicamente cada modificación a las condiciones de los contratos, y contar siempre con el concepto favorable del supervisor.

“Si bien las modificaciones no tienen límites, excepto la relacionada con el valor, la Entidad no puede hacer un uso indiscriminado de las modificaciones a los contratos, pues resultaría contrario a la planeación, la eficiencia y la economía contractual. También es necesario considerar que cada modificación conlleva un riesgo: el de la responsabilidad de la Entidad; por eso, el uso de la posibilidad de ampliar

el plazo debe emplearse con cuidado, en tanto que debe evitarse que los valores en la ejecución de los contratos se incrementen, pues la adición de un contrato en el valor debe ser excepcional”¹.

Por lo anterior, se exhorta a los funcionarios públicos, que obren sin abuso o desviación de poder, para lo cual se debe hacer uso al sometimiento de las herramientas jurídicas, con el fin de evitar sanciones previstas en la Ley, y la obligación de indemnizar los daños que se causen

➤ **De los ejemplos prácticos que muestren una buena y una mala planeación.**

De este breve compendio se podrían extraer una amplia cantidad de ejemplos que ilustran tanto la buena, como la mala planeación. Sin embargo, para efectos didácticos, en cada caso (buena y mala planeación) han seleccionado los siguientes:

Ejemplo de buena planeación: Ejecución del Plan de Compras.

- Comprar siempre productos originales, nuevos, no remanufacturados, fabricados en la vigencia correspondiente.
- Realizar contratos de outsourcing o proveeduría (tercerización)
- Establecer previamente los requisitos a exigir a los contratistas: experiencia; capacidad técnica; personal calificado; certificados de exclusividad; tiempos de entrega; garantía de calidad, etc.
- Se recomienda realizar al año el mínimo de compras posibles. Sin embargo, es recomendable realizar un solo proceso para el año, con entregas periódicas a la entidad.
- Ejercer una permanente labor de supervisión y control a la ejecución de los contratos y en especial a la calidad de los bienes.
- El área de compras estará en permanente comunicación con el Almacén, área presupuestal y/o financiera.
- Tenga un cronograma para su ejecución y control. Es preferible integrarlo a la estructura del Plan de Compras. Revise su avance permanentemente. Este cronograma estará sujeto a los procedimientos administrativos, presupuestales y legales respectivos.

Ejemplo de mala planeación: Equivocados criterios de evaluación.

Esta situación, que puede acarrear a hallazgos por parte de los entes de control, se manifiesta con ocasión a exigencias no claras dentro de los pliegos de condiciones generando dificultades tortuosas en la etapa de evaluación de las ofertas, en algunos casos conllevando a declarar desiertos los procesos generando desgaste administrativo.

¹ Circular 17-2007 – Capacitación en Contratación Modulo 25 – Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA

Por lo anterior se recomienda al iniciar la confección del pliego de condiciones, establecer claramente los criterios de evaluación, con el fin de realizar una evaluación satisfactoria, rechazando las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones y aquellas que condicionen a la Administración, cumpliendo el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, con el único objetivo de proteger el interés general, y asegurar los fines de la contratación estatal.

III MÓDULO DE SUPERVISIÓN

➤ De los perfiles y grado de instrucción requeridos para ejercer dicha función.

La designación del Supervisor debe recaer en una persona natural o jurídica idónea, con conocimientos y experiencia según el objeto del contrato que requiere la coordinación, control y verificación, con disponibilidad y logística necesaria para desarrollar las funciones, actividades y labores propias de la supervisión, así como la naturaleza del objeto contractual.

Resulta obvio el rol preponderante de la figura supervisor, quien debe reunir no solo exigencias cognoscitivas y destrezas empíricas notables sino además condiciones morales, pues es un funcionario público en el sentido de que exterioriza y compromete la voluntad estatal”, lo que significa la “relación de compromiso, de lealtad, de buena fe y cumplimiento de la obligaciones de supervisión y vigilancia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta las diferentes directrices emitidas por el Ministerio respecto de los perfiles que deberán ostentar las personas que serán designadas como supervisores.

➤ De las diferencias entre supervisión e interventoría.

Las entidades estatales tienen la competencia para la dirección de los procesos contractuales y la obligación de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos para lograr el cumplimiento de estos, en los términos de los artículos 3,4,5 y 14 de la ley 80 de 1993.

De conformidad con el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 90 de la constitución política y el artículo 26 de la ley 80 de 1993, los empleados designados como interventores y supervisores están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, controlar y aprobar el desarrollo de un contrato de acuerdo con su alcance, haciendo cumplir en lo aplicable, las especificaciones técnicas, y las obligaciones financieras, presupuestales y contractuales al igual que el aseguramiento integral de la calidad de los bienes y/o servicios adquiridos que puedan verse afectados con la ejecución del contrato.

Así mismo, el artículo 82 de la ley 1474 de 2011², señala la responsabilidad civil fiscal, disciplinaria y penal la cual que recae en los supervisores, asesores, consultores e interventores tanto por el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato por ellos celebrado como por las conductas que les fueran imputables que causen perjuicios a las entidades ocasionadas por la celebración y ejecución de los contratos sobre los cuales se ejercicio o se ejercen las funciones de interventoría o supervisión.

Entiéndase como supervisión e interventoría el Conjunto de funciones o actividades desempeñadas por un responsable designado o contratado para el efecto, que realiza el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por parte del contratista.

El objetivo principal de la supervisión e interventoría en los contratos estatales es proteger la moralidad administrativa con el fin de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutela la transparencia de la actividad contractual³, realizando seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

La finalidad de establecer un sujeto jurídico encargado de supervisar la ejecución y el cumplimiento de los contratos de la Administración Pública, para que sea lo más óptimo posible, implica la fiscalización, evaluación e intermediación durante el desarrollo de un proceso para evitar de paso conflictos posteriores que permita la constitución de las responsabilidades por el indebido desarrollo del objeto contractual de manera específica e individualizable.

Entiéndase por Supervisión: una activada inherente al proceso contractual consistente en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato es ejercida por el respectivo organismo con delegación para contratar, cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios profesionales que sean requeridos.

Supervisor: persona natural que en calidad de funcionario llevara las actividades de seguimiento técnico administrativo financiero contable y jurídico para el adecuado inicio ejecución y liquidación de contrato cuando no se requieren conocimientos especializados.

Interventoría: Una actividad inherente al proceso contractual consistente en el seguimiento y vigilancia técnica administrativa financiera contable y jurídica para el adecuado inicio ejecución y liquidación de un contrato o convenio ejercida por

² "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

³ Artículo 83 de la ley 1474 de 2011

una persona natural o jurídica cuando el seguimiento del contrato requiere de conocimientos especializados o cuando se presenten situaciones especiales.

Interventor: en virtud del artículo 6 de la ley 80 de 1993 las personas legalmente consideradas como capaces además de los consorcios o las uniones temporales así:

- i. las personas naturales (nacionales – extranjeras)
- ii. Las personas jurídicas (nacionales- extranjeras)
- iii. Los consorcios.
- iv. Las uniones temporales.

La diferencia entre interventor y supervisor radica en la complejidad del asunto y el objeto del contrato.

Aunque se asemejan sus funciones para poder desarrollar las actividades de seguimiento técnico administrativo y financiero y contable, cuentan con exigencias diferentes respecto de su contratación y requisitos previos para el ejercicio de las actividades encomendadas.

La interventoría y la supervisión tienen el mismo fin, vigilar y controlar que el objeto del contrato se cumpla a cabalidad; no obstante, técnicamente se denomina interventor, a la persona natural o jurídica contratada mediante contrato de consultoría para ejercer la vigilancia y control de la correcta iniciación, ejecución y liquidación de un contrato y por el contrario, se denomina supervisor, al funcionario encargado de la entidad contratante que ejercerá la labor de vigilancia y control para la correcta ejecución y liquidación del contrato o convenio

SUPERVISIÓN	INTERVENTORÍA
Seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico Ejercida por la misma entidad estatal a través de sus funcionarios	Seguimiento eminentemente técnico aunque se puede contratar las demás funciones. Interventoría Ejercida por un contratista a través de concurso de méritos.
Supervisión Es ejercida únicamente por persona natural.	Persona natural o jurídica, consorcio o UT
Se ejerce por la entidad cuando no requieren conocimientos especializados	Cuando se requiere conocimiento especializado o por la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen

- De los ejemplos prácticos que muestren una buena y una mala supervisión.

Una buena supervisión:

- Conocer, aplicar y cumplir el manual de contratación, actuando con diligencia y probidad en el desarrollo de su función.

- Leer, revisar y analizar el contenido del contrato y los demás documentos que hacen parte integral del mismo.
- Atender el principio de planeación revisando, ajustando y aprobando el cronograma o el plan de trabajo cuando existan entregables o informes periódicos de avance de la ejecución presentado por el contratista, para efectuar el seguimiento al progreso del contrato y verificar su cumplimiento integral.
- Verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para poder celebrar el acta de inicio del contrato. Efectuar el seguimiento, la vigilancia y control permanente sobre el desarrollo del objeto contractual, de forma integral, de tal manera que abarque el aspecto técnico, administrativo, económico, jurídico, contable y financiero, para garantizar el cabal cumplimiento del objeto y las obligaciones pactadas en el contrato.
- Liquidar el contrato conforme a los términos legales y contractuales

Una mala supervisión:

- Adoptar decisiones que impliquen modificación del contrato sin el lleno de los requisitos legales pertinentes.
 - Solicitar y/o recibir, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de la entidad contratante o del contratista.
 - Omitir, denegar o retardar el despacho de los asuntos a su cargo.
 - Entrabar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos de los particulares en relación con el contrato.
 - Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en el contrato.
- De las implicaciones jurídicas por el no cumplimiento de las funciones de la supervisión.

Deberes generales de los Supervisores e Interventores

Sin perjuicio de los deberes consagrados en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, quien ejerza la función de control y seguimiento del contrato, deberá tener en cuenta lo señalado en el Manual de Contratación del Ministerio de Defensa y las

Unidades Ejecutoras, y demás directivas y circulares que se han emitido al respecto, para el debido cumplimiento de las funciones a su cargo.

Deberes y prohibiciones de los Supervisores e Interventores

Deberes

- a. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del decreto 019 de 2012, los interventores deberán establecer trámites sencillos, eliminando todo tipo de complejidad innecesaria, los cuales deberán tender a estandarizarse, estableciendo requisitos similares para trámites afines.
- b. Deberán aplicar en su integridad el ordenamiento jurídico vigente, en especial la Ley 1474 de 2011.
- c. Deberán informar al ordenador del gasto respectivo, a la mayor brevedad posible cualquier tipo de hecho, acto, actuación, conducta u omisión dentro de la ejecución del contrato Supervisado que pueda constituir un delito.

Prohibiciones

- a. En atención a lo establecido en el artículo 9° del decreto 019 de 2012, los Interventores no podrán exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Unidad Ejecutora respectiva.
- b. En virtud a lo señalado por el artículo 25 del Decreto Ley 019 de 2012, los Interventores no podrán exigir la presentación, suministro o entrega de documentos originales o copias autenticados.
- c. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Ley 019 de 2012, los interventores no podrán exigir autenticación de las firmas de los contratistas que les presenten documentos de naturaleza privada a excepción de los que la ley determine como necesarios de autenticación.
- d. Adoptar decisiones que impliquen la modificación del objeto contractual.
- e. Al Supervisor o Interventor le está prohibido disponer para su uso personal o de tercero de los bienes de propiedad del Ministerio de Defensa Nacional y las Unidades Ejecutoras, que con ocasión del ejercicio de su investidura le sean entregados.
- f. Al Supervisor e Interventor le está prohibido solicitar y/o recibir directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de parte del contratista o de interpuesta persona.
- g. Al supervisor o Interventor le está prohibido obstaculizar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos que le asiste a los particulares en relación con el contrato.

- h. Al Supervisor o Interventor le está prohibido exonerar al contratista de sus obligaciones.
- i. Al Supervisor o Interventor le está prohibido suscribir documentos que impliquen incremento en el valor del contrato o que modifiquen las condiciones del mismo.
- j. Permitir indebidamente el acceso de terceros a información reservada obtenida en ejercicio de la Supervisión o Interventoría.

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN Y DE LA INTERVENTORÍA

La acción defectuosa o la omisión en el seguimiento a la gestión contractual por parte de los funcionarios encargados de ejercerla, así como de quienes sean contratados externamente para este fin, los podrá hacer responsable civil, penal y disciplinariamente.

Los Supervisores e Interventores serán responsables en los siguientes casos:

1. Responderán civilmente cuando el Ministerio de Defensa Nacional o las Unidades Ejecutoras sufran un detrimento patrimonial como consecuencia de la negligencia o la ejecución indebida de las labores de Supervisión, quienes tenían a cargo estas labores responderán pecuniariamente por el daño ocasionado.
2. Responderán penalmente cuando la acción u omisión del Supervisor o Interventor se constituya en delito. En caso, por ejemplo, del interés indebido en la celebración de contratos, o cuando se tramite, celebre o liquide un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.
3. Responderán disciplinariamente cuando el Supervisor o Interventor incurra en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1474 de 2011 que implique incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, podrá dar lugar a la imposición de sanciones tales como: destitución del cargo e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, suspensión en el ejercicio del cargo, multa o amonestación escrita con copia a la hoja de vida, previo proceso disciplinario que garantice su debido derecho a la defensa.

IV.MÓDULO EL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA Y SU GARANTE

➤ **De la no existencia de la falsa motivación y de la desviación del poder.**

La motivación del acto por el cual se adopta una decisión sancionatoria o se impone al contratista una carga derivada de la actuación contractual guarda directa relación con el principio de legalidad de los actos administrativos, y por ello es requisito *sine qua non* que en el mismo se consignen las razones, argumentos y/o motivos determinantes de la decisión administrativa.

En tal virtud, la falsa motivación tendría lugar cuando la Administración fundamente su decisión en hechos que no quedaron probados en debida forma durante la actuación (debido proceso), o cuando deja de pronunciarse sobre aquellos hechos efectivamente demostrados y cuya valoración conduciría a una decisión totalmente diferente de la decisión adoptada. Dicha valoración, adicionalmente debe ser correcta, pues, también se incurre en falsa motivación cuando los hechos sí se aprecian pero de forma equivocada.

Respecto de la desviación de poder como vicio del acto administrativo, el mismo tiene que ver con la finalidad de su expedición, así por ejemplo, no es factible iniciar un procedimiento sancionatorio contractual para la imposición de una multa con fundamento en la enemistad entre el ordenador del gasto y el contratista, puesto que la sanción a éste debe corresponder al cumplimiento de los fines previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el caso propuesto, la finalidad de las multas es conminatoria y no puede ser utilizada con una finalidad diferente.

Precisado lo anterior, el principio de legalidad, predicable tanto de la falta como de la sanción, desarrolla el derecho constitucional a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, garantía que en materia sancionatoria contractual se materializa así:

Para la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, la caducidad y la reversión, así como en algunas causales de multa, solo la ley establece los supuestos de hecho y de derecho que las configuran y los contratos en que se incluyen, no siendo posible su aplicación en otros negocios jurídicos, ni bajo otros supuestos. Por ejemplo, la caducidad se entiende pactada en los contratos de obra y se puede pactar en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios, pero no en los de compraventa.

Para otro tipo de sanciones, provenientes del derecho privado, que se pueden pactar en los contratos por virtud del principio de la autonomía de la voluntad tales como las multas y la cláusula penal pecuniaria, estas sanciones solo pueden imponerse si están previstas de manera “previa”, lo cual implica que los contratantes

no pueden arrogarse esta facultad unilateralmente, de lo contrario, violarían el debido proceso.

Por otra parte, el *non bis in ídem* también se integra la actuación garantizando que al contratista el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a que no se le fraccione la conducta que le es atribuible para darle varias penas, toda vez que con ello se conculcaría esta garantía. Diferente es el caso de la conducta reiterada, pues, si la Administración sanciona al contratista por un hecho, y después lo hace por otro hecho posterior (así sea idéntico al anterior) o en un lapso diferente, no se vulnera este derecho.

Como parte de la motivación del acto administrativo, debe examinarse la culpabilidad de la conducta, entendida ésta como el juicio de exigibilidad normativa, vale decir, la *“reprochabilidad de la configuración de la voluntad”*; no obstante, se aclara que en las actuaciones sancionatorias contractuales debe analizarse cada caso en particular para determinar si la culpa es o no uno de los elementos a revisar, como quiera que hay sanciones que incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no.

Finalmente, dada la presunción de inocencia prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, las personas deben ser tratadas como inocentes mientras no se declare su responsabilidad, en consecuencia, si la entidad quiere sancionar al contratista debe demostrar que él incumplió sus obligaciones o deberes. Aquí la carga de la prueba alberga la necesidad de que las partes aleguen y prueben los hechos ya que el operador contractual debe fundar su decisión en las pruebas aportadas con ocasión de la actuación, y ante la duda frente a la responsabilidad del contratista, debe mantener incólume la presunción de inocencia que él tiene en su favor.

- **De la existencia de la competencia del servidor público para realizar la citación a la audiencia, a la luz del ordenamiento jurídico y por sobre todo de la resolución de delegación expedida por el señor Ministro de Defensa Nacional.**

Esta garantía del debido proceso se encuentra asociada al principio del juez natural, que en materia sancionatoria contractual, guarda afinidad con el derecho a ser juzgado ante juez competente porque la competencia para imponer una medida coercitiva sobre el contratista debe establecerse previamente, tal como lo exige el artículo 121 de la Constitución, que establece que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*; así las cosas, toda vez que en los procedimientos sancionatorios contractuales de manera excepcional la Administración es juez y parte, el juez natural de la actuación es el ordenador del gasto, en el marco de las atribuciones conferidas en el numeral 2.4 del artículo 2° de la Resolución Ministerial No. 1549 del 06 de marzo de 2015, en donde se precisa el alcance de la gestión contractual delegada durante la ejecución del contrato.

➤ **De la declaratoria de siniestro de un amparo cubierto por la garantía única del contrato y la vinculación al garante del contrato.**

El derecho a la defensa es el núcleo esencial del debido proceso y garantiza que el contratista sea escuchado y pueda controvertir los hechos que se le atribuyen, aportando pruebas e impugnando las decisiones de la Administración. Este derecho garantiza que no solo se vincule al contratista sino también a su asegurador (si lo hubiere) pues, a pesar de ser un tercero, la entidad y el contratista tienen una relación contractual con él originada en la póliza y, por lo mismo, puede verse conminado al pago del siniestro o de la sanción respectiva en caso de llegar a imponerse.

Esta garantía está directamente vinculada a la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan, la cual es *conditio sine qua non* de la validez de la decisión administrativa, y por tal razón no solo es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, sino que el operador contractual debe valorar las pruebas porque él no es libre de razonar a voluntad, discrecional o arbitrariamente, sino uniendo la lógica y la experiencia para asegurar un certero y eficaz razonamiento.

➤ **De la vigencia de la garantía para realizar alguna reclamación.**

El acto administrativo con el cual culmina el procedimiento sancionatorio contractual debe estar en firme antes de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, la cual está definida en el artículo 1081 del Código de Comercio, así:

- **PRESCRIPCIÓN ORDINARIA:** Dos años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
- **PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA:** Cinco años, contra toda clase de personas, contados a partir del momento en que nace el respectivo derecho.

Por lo anterior, es importante precisar que las reclamaciones que realice la Entidad contratante con cargo a las garantías deberán efectuarse atendiendo los términos de prescripción señalados en el Código de Comercio, siempre y cuando el hecho que dio lugar a la misma haya ocurrido durante la vigencia de la garantía.

En cuanto a la oportunidad de cobertura, de conformidad con la “Guía de garantías en Procesos de Contratación”, expedida por Colombia Compra Eficiente, si la falla de calidad del servicio se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo a afectarse es el de cumplimiento. Por otra parte, el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes puede afectarse por mala calidad, por deficiencias técnicas o por incumplimiento de las normas técnicas de los bienes o equipos “recibidos”.

➤ De la tasación de los perjuicios causados.

La garantía de cumplimiento se puede hacer efectiva por el incumplimiento del contratista siempre y cuando el mismo dé lugar a la declaratoria de incumplimiento, a la caducidad del contrato, a la imposición de multas o a la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, pero el deber de seguimiento al contratista en relación con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es de la Entidad contratante (a través del interventor o a través del supervisor del contrato⁴), y en tal virtud, a ella le corresponde demostrar el incumplimiento del contratista con miras a la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria o a la respectiva declaratoria de incumplimiento.

Para el caso de las multas, su valoración procederá de acuerdo con las reglas que para tal efecto se hayan pactado en el respectivo contrato, teniendo como límite máximo el que allí se haya fijado.

Por su parte, la Cláusula Penal Pecuniaria corresponde a una tasación anticipada de los perjuicios que sufra la entidad contratante por el incumplimiento injustificado del contratista, y por lo mismo deberá verificarse en la minuta del contrato los términos en los que la misma se haya pactado.

Respecto de otro tipo de perjuicios, ha de considerarse que de conformidad con el artículo 1088 del Código de Comercio, los seguros de daños son contratos de mera indemnización y por lo mismo, no pueden constituir fuente de enriquecimiento para la Entidad Estatal. Sin embargo, esta regla tiene la particularidad de que si la garantía a afectar es la de seriedad de la oferta, la Entidad Estatal puede cobrar el valor total asegurado sin tener que demostrar perjuicios de la misma proporción.

Por otra parte, por disposición expresa de los artículos 1079 y 1089 ibídem, el asegurador solo está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada, pues, la indemnización a su cargo no puede exceder, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

En cuanto a la indemnización, ésta puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero éste debe estar previsto en un acuerdo expreso.

Adicionalmente, dentro del procedimiento sancionatorio contractual, la Administración debe observar el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas nuevas, prefiriendo siempre las que favorecen al contratista, esta garantía opera así: si una cláusula contractual establece una sanción y una ley posterior o un

⁴ Ley 1474 de 2011, artículos 83 y 84. Concordancia: Directiva Ministerial No. 15 del 10 de marzo de 2015, FUNCIONES DE LOS SUPERVISORES: Cuando se aprecien graves irregularidades en la ejecución de un contrato que amenace su paralización, es obligación del supervisor informar por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos al competente contractual y al Director de la dependencia que ha contratado el bien o servicio, para que estos inicien las acciones correspondientes.

acuerdo de los contratantes reduce o extingue la pena, debe aplicarse el principio de favorabilidad.

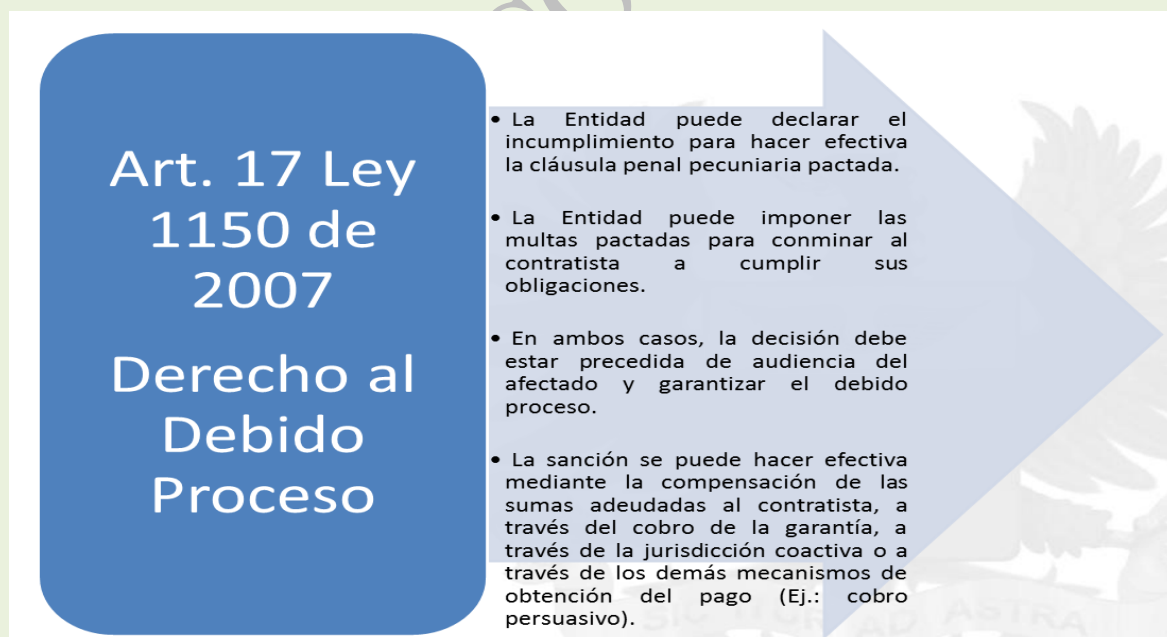
Finalmente, de conformidad con el artículo 1110 del Código de Comercio: “La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador.”, (aplica para la garantía de calidad).

➤ **De la incongruencia entre la tasación de perjuicios vs a la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato.**

La cláusula penal pecuniaria se puede pactar a título de pena o a título de valoración anticipada de perjuicios. En el primer evento, una vez presentado el incumplimiento, la Entidad puede hacerla efectiva sin tasar el valor de los perjuicios. En el segundo evento, si los perjuicios son mayores, la Entidad puede hacer efectiva la cláusula penal y recuperar el excedente por otros medios.

En todo caso, para la valoración del perjuicio se conserva el Principio indemnizatorio, por virtud del cual los seguros de daños no pueden constituir fuente de enriquecimiento para la Entidad Estatal.

➤ **De la aplicación del procedimiento previsto en la Ley para llevar a cabo una audiencia de debido proceso.**



Art. 17 Ley 1150 de 2007

Derecho al Debido Proceso

- La Entidad puede declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada.
- La Entidad puede imponer las multas pactadas para conminar al contratista a cumplir sus obligaciones.
- En ambos casos, la decisión debe estar precedida de audiencia del afectado y garantizar el debido proceso.
- La sanción se puede hacer efectiva mediante la compensación de las sumas adeudadas al contratista, a través del cobro de la garantía, a través de la jurisdicción coactiva o a través de los demás mecanismos de obtención del pago (Ej.: cobro persuasivo).

El derecho al debido proceso conlleva el deber de observancia de las formas propias de cada juicio, esta garantía impone un trámite acorde con el procedimiento señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, pues, el ordenamiento jurídico colombiano proscribire las sanciones sin fórmula de juicio ya que ello impediría al

contratista y a su garante participar y defender sus intereses frente al asunto en debate, lo cual legitima el procedimiento.

**Art. 86 Ley
1474 de 2011**
**Imposición de
multas,
sanciones y
declaratorias
de
incumplimiento**

- El procedimiento se desarrolla en audiencia (principio de oralidad).
- Las notificaciones se surten en audiencia.
- El incumplimiento puede cesar durante la actuación.
- El único garante que se debe vincular a la actuación es el asegurador.
- Es posible suspender la audiencia para practicar pruebas o por otras causas siempre que las mismas propendan por el correcto desarrollo de la actuación.
- Contra la decisión solo procede el recurso de reposición.

El contratista y su garante (asegurador) tienen derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, y en tal sentido la actuación debe adelantarse y decidirse en forma rápida, pues, ni el procesado ni la sociedad tienen el deber constitucional de esperar en forma indefinida a que se investigue, califique y juzgue una conducta. Por otra parte, la publicidad del procedimiento se relaciona con la discusión de las pruebas, la motivación de la decisión y su publicación.

En cuanto al derecho a impugnar la decisión de la Administración, en materia contractual, esta garantía se ejerce a través de los recursos de vía gubernativa, particularmente el de reposición, cuya finalidad es modificar o revocar la decisión que afecta al contratista y a su garante. Asimismo, la decisión de fondo no solo debe tener una parte motiva (fáctica y probatoria) y una parte resolutive (decisión y monto del perjuicio), sino que la entidad también debe indicar el amparo siniestrado y las personas a cargo del pago de la indemnización (contratista y garante). Adicionalmente, cuando el contratista es una persona plural, la notificación del incumplimiento debe vincular a todos sus miembros.

No obstante lo anterior, cuando la garantía consiste en un patrimonio autónomo, una garantía bancaria o una carta de crédito stand by, la Entidad no está obligada a vincular dentro del procedimiento sancionatorio ni a la fiduciaria, ni al emisor.

➤ **De las responsabilidades de los intervinientes en el debido proceso.**

PARTE CONTRATANTE	
Quiénes la Integran	Responsabilidades

1. Ordenador del gasto. 2. Departamento de Contratos (Jefe de la dependencia, Asesor Jurídico y Asesor del Contrato). 3. Supervisor.	1. Garantizar el debido proceso tanto al contratista como a su garante (Asegurador). 2. Demostrar el incumplimiento del contratista con miras a la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria o a la respectiva declaratoria de incumplimiento a través de los medios de prueba. 3. Adoptar la decisión de fondo a que haya lugar a través de acto administrativo motivado y notificarla en la audiencia. 4. Conceder el recurso de reposición y decidirlo en caso de que el contratista y/o su garante hagan uso del mismo, notificando la respectiva decisión. 5. Enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que haya suscrito. 6. Adelantar el cobro de la multa, de la cláusula penal o de la indemnización, según aplique, de conformidad con la decisión adoptada.
--	--

PARTE CONTRATISTA	
Quiénes la Integran	Responsabilidades
1. Contratista. 2. Garante (cuando la garantía consiste en póliza de seguro).	1. Ejercer el derecho a la defensa. 2. Solicitar y aportar pruebas. 3. Impugnar la decisión de la Administración. 4. El pago de la multa, de la cláusula penal o de la indemnización, según aplique, de conformidad con la decisión adoptada.

➤ De los ejemplos prácticos que muestren el desarrollo de un debido proceso, acorde con el ordenamiento jurídico y uno que no.

CASO 1:

El 16 de marzo de 2015 se celebra un contrato de obra por valor de \$100'000.000,00, con plazo de ejecución de seis meses. En el contrato se pacta una cláusula de multas diarias sucesivas a razón del 1% del valor del contrato por cada día de retraso sin que las mismas puedan exceder el 10% del valor total del contrato

Surtidos todos los trámites de legalización y perfeccionamiento del contrato, el Acta de Inicio se suscribe el 20 de marzo de 2015, y el cronograma de obra se cum-

ple a satisfacción durante el primer mes de ejecución de la obra, pero entre el día 36 y el día 40 hay un retraso injustificado en el cronograma por parte del contratista, razón por la cual la Administración decide adelantar un procedimiento sancionatorio contractual para hacer efectiva la cláusula de multas, el cual culmina con la imposición de una multa por valor de \$5'000.000,00.

Durante el tercer mes de ejecución de la obra el contratista cumple el cronograma sin novedad, pero durante cuarto mes se retrasa nuevamente sin justa causa, esta vez en siete días (del día 100 al 106). La Administración decide adelantar un procedimiento sancionatorio contractual para hacer efectiva la cláusula de multas, el cual culmina con la imposición de una multa por valor de \$5'000.000,00.

Nótese cómo en este caso, a pesar de que el retraso fue de siete días, la Administración no impuso una multa de \$7'000.000,00, sino una de \$5'000.000,00, atendiendo el principio de legalidad de la sanción, por el cual, la sumatoria máxima de las multas al contratista no podía exceder del 10% del valor del contrato, y teniendo en cuenta que, en forma previa ya había impuesto una multa por valor de \$5'000.000,00, no se superó el tope establecido en la minuta.

CASO 2:

El 16 de marzo de 2015 se celebra un contrato de obra por valor de \$100'000.000,00, con plazo de ejecución de seis meses. En el contrato se pacta una cláusula de multas diarias sucesivas a razón del 1% del valor del contrato por cada día de retraso sin que las mismas puedan exceder el 10% del valor total del contrato.

Surtidos todos los trámites de legalización y perfeccionamiento del contrato, el Acta de Inicio se suscribe el 20 de marzo de 2015, y el cronograma de obra se cumple a satisfacción durante el primer mes de ejecución de la obra, pero entre el día 36 y el día 40 hay un retraso injustificado en el cronograma por parte del contratista, razón por la cual la Administración decide adelantar un procedimiento sancionatorio contractual para hacer efectiva la cláusula de multas, el cual culmina con la imposición de una multa por valor de \$5'000.000,00.

Durante el tercer mes de ejecución de la obra el contratista cumple el cronograma sin novedad, pero durante cuarto mes se retrasa nuevamente sin justa causa, esta vez en siete días (del día 100 al 106). La Administración decide adelantar un procedimiento sancionatorio contractual para hacer efectiva la cláusula de multas, el cual culmina con la imposición de una multa por valor de \$7'000.000,00.

En este caso, la Administración no atendió el principio de legalidad de la sanción, con lo cual desbordó el tope máximo de multas que se había pactado en el contrato y que correspondía al 10% del valor del mismo.



ANEXOS

Formato Informe de Supervisión

 MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Unidad y Valor	FORMATO	Página 1 de
	Informe de Supervisión	Código: 29 PC-MDINSGDCE-F001-01
		Vigente a partir de: 15 NOV 2013

(Espacio para el LOGOTIPO y/o escudo de la Unidad Ejecutora)	INFORME DE SUPERVISIÓN No. ____ - (PERIODO MES Y AÑO)			
	FECHA DEL INFORME: xxxx			
CONTRATO Y/O ACUERDO No. xxxx	FECHA FIRMA CONTRATO: XXX			
1. OBJETO DEL CONTRATO: (Favor describir en forma general el objeto del contrato o acuerdo) (RELACIONAR SI EXISTEN MODIFICATORIOS Y/O ADICIONALES AL CONTRATO, INCLUYENDO UNA RELACIÓN, ASÍ: Contratos adicionales y/o modificatorios				
TIPO	FECHA	OBJETO		
1.1. RELACION DE BIENES Y/O SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO				
ITEM	DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO US\$ EN CONDICIONES DAP*	VALOR TOTAL EN CONDICIONES XXX
VALOR TOTAL EN CONDICIONES DAP				
Si hay adiciones detallar separadamente elementos a adquirir en el contrato principal y cada uno de sus adicionales.				
2. VALOR DEL CONTRATO: (Favor indicar el valor total en moneda extranjera a cancelar al proveedor, si hay lugar a gastos de nacionalización detallar el valor del mismo en moneda extranjera)				
2.1. DISCRIMINACIÓN DEL VALOR:				
TIPO DE CONTRATO	VALOR EN XXX DIVISAS	VALOR EN XXX GASTOS DE NACIONALIZACIÓN	VALOR TOTAL EN XXX	

 MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Unidad de Gestión	FORMATO	Página 2 de
	Informe de Supervisión	Código: 29 PC-MDN5GDCE-F001-01
		Vigente a partir de: 15 NOV 2013

PRINCIPAL			
ADICIONAL 1			
VALOR TOTAL			

2.2 SITUACIÓN FORMA DE PAGO POR VIGENCIAS

EN DÓLARES O EUROS(relacionar la moneda el contrato)

CONTRATADO			PAGADO					PENDIENTE POR CANCELAR
TIPO DE PAGO	VIGENCIA	VALOR US\$	OBLIGACION No.	FECHA OBLIGACION	ORDEN DE PAGO No.	FECHA ORDEN DE PAGO	VALOR PAGADO	
DÍGITOS								
Anticipo o pago anticipado	2012 (*)							
	2013							
TOTAL ANTICIPO								
Saldo	2013							
	2014							
TOTAL SALDO ACUERDO								
TOTAL US\$								

(*1) De conformidad con la cláusula 6ª se utilizó al máximo el presupuesto en pesos de la vigencia 201X.

EN PESOS

CONTRATADO			PAGADO					PENDIENTE POR CANCELAR
TIPO DE PAGO	VIGENCIA	VALOR \$	OBLIGACION No.	FECHA OBLIGACION	ORDEN DE PAGO No.	FECHA ORDEN DE PAGO	VALOR PAGADO	
DÍGITOS								
Anticipo o pago anticipado	2012							
	2013							
TOTAL ANTICIPO								
Saldo	2013							
	2014							
TOTAL SALDO ACUERDO								
TOTAL \$								

(Relacionar los reintegros efectuados indicando la vigencia, documento soporte con el que se efectuó, la fecha y el valor)

2.3. RESUMEN DE DOCUMENTOS PRESUPUESTALES

CONCEPTO	VIGENCIA PPTAL	CDP No.	FECHA CDP	CRP No.	FECHA CRP	VALOR \$
DÍGITOS	2012					
	201X (*)					
	201X (*)					
	VALOR TOTAL EN \$ DÍGITOS					