



GUIA PARA LA GESTION PUBLICA CONTRACTUAL

Oficina Jurídica
Mayo de 2.007

PRESENTACION

Los procesos de contratación en una entidad pública son consustanciales a la actividad que esta desarrolla tanto misional como administrativa, pues es a través de ellos que se logran realizar tanto las tareas como las funciones asignadas.

Dentro de los procesos de mejoramiento de la Gestión Pública y como medida de prevención del daño antijurídico en materia contractual, uno de los aportes de esta Oficina, dirigido a todas las dependencias de la Entidad, lo constituye el presente documento, que pretende servir de guía y medio de consulta en lo que a la actividad contractual se refiere.

Tratando de ser claros en materia jurídica pero en un lenguaje más coloquial que técnico, previos conceptos semánticos, pretendemos que se trate de un documento entendible para todos los que dentro de sus funciones tienen a cargo la actividad contractual, independientemente de que por profesión no tengan formación jurídica, que se convierta en una herramienta útil de consulta y guía.

Consideramos que conocidas, estandarizadas y socializadas las reglas legales de la contratación y concordadas con los Estatutos y/o Reglamentos Internos de Contratación no solo se facilitará el cabal cumplimiento de la función asignada sino que se minimizarán los riesgos de carácter penal, fiscal, disciplinario y patrimonial a que se ven sometidos tanto la Entidad como cada uno de los servidores o contratistas que participan en la planeación, diseño y ejecución de los contratos.

DEFINICIONES BASICAS.-

(Glosario) Lo más sencillo posible. Haciendo énfasis en:

CONTRATO.-

CONTRATACION.-

DANO.-

DAÑO ANTIJURIDICO.-

DAÑO PATRIMONIAL.-

INTERVENTORIA.-

SUPERVISION.-

I. ETAPA DE PLANEACION.-

De conformidad con las normas vigentes será la planeación el evento que da origen al nacimiento de un negocio contractual. Así, encontramos que en las entidades públicas, no obstante que se encuentren cobijadas por regímenes especiales de contratación, debe darse aplicación al Estatuto Orgánico de Presupuesto, a los documentos CONPES relacionados con asuntos contractuales y todas las normas que regulan la transparencia y proscriben la corrupción en el manejo y administración de dichas Entidades.

En virtud de lo anterior, hay que tener en cuenta, en primera instancia la visión, misión y objetivos de la Entidad para determinar dicha planeación en el tiempo, es decir, durante la vigencia fiscal correspondiente, de suerte que la Administración Pública podrá celebrar contratos cuando se verifiquen ciertos requisitos:

- Corresponder a necesidades definidas en un Plan de Contratación Anual que debe formar parte del Plan de Acción;
- Contar con los recursos presupuestales suficientes para cubrir su costo;
- Contar con los estudios técnicos, financieros, jurídicos y económicos, así como todos aquellos puntos que permitan determinar objeto, plazo, valor, especificación e individualización del bien o servicio a contratar, condiciones técnicas, características físicas, químicas, cantidad, unidad de medida, etc.
- En caso de obras públicas haber obtenido, bajo cualquier título, los bienes sobre los cuales se ejecutarán, o estar adelantando su trámite de conformidad con el cronograma del Plan de Contratación.
- Haber obtenido las licencias o permisos que sean necesarias para iniciar la ejecución de un contrato o estar adelantando su trámite de conformidad con el cronograma del Plan de Contratación
- Tener definidos los Procesos y Procedimientos que determinarán la supervisión del contrato y la forma de hacer seguimiento a la ejecución del mismo.

La falta de planeación.-

Las omisiones o errores que cometan los encargados de esta etapa se verán reflejados durante el proceso de selección del contratista y, en el peor de los casos durante su ejecución, evidenciándose en situaciones que se viven a diario en las entidades públicas tales como:

- Declaratoria de desierto del proceso de selección (Licitación, Términos de Referencia, Invitación a cotizar, etc.)
- Declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

- Necesidad de ajustar el contrato tanto a la realidad del bien o servicio contratado (variaciones de ítems), como a su término de duración por inejecución del cupo presupuestal (adiciones solo en tiempo), y/o a su compromiso económico por agotamiento de la misma (adiciones solo en dinero).
- Reconocimiento de mayores costos en los eventos a que haya lugar.
- Rompimiento del equilibrio económico del contrato.

De conformidad con el estudio realizado por el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP *“Se trata de una causa que relaciona los daños antijurídicos que surgen durante la etapa de definición de los requerimientos de una contratación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad del contrato por la entidad, los recursos presupuestales disponibles para su financiación, su ajuste al plan de necesidades y al plan de compras de la entidad, así como la elaboración y alcance de los estudios y diseños previos (Técnicos, económicos y jurídicos) que se requieran para la contratación en particular.”*

Es necesario tener en cuenta que la mayoría de los problemas y fallas que se presentan en la ejecución de los contratos se origina en la falta de estudios previos como factibilidades, análisis histórico de consumos y necesidades, cronograma de cumplimiento de actividades y proceso de selección a utilizar.

Medidas de prevención.-

Se recomienda tener en cuenta algunas medidas que permiten prevenir el daño antijurídico:

1. En el cronograma de actividades relacionadas con el proceso de selección del contratista señalar la posibilidad de prorrogar los plazos inicialmente previstos señalando claramente la forma en que se hará conocer a los posibles proponentes la decisión tomada.
2. Para efectos de determinar el procedimiento de selección a utilizarse tener en cuenta la naturaleza del contrato a celebrarse y el establecimiento de la obligación de que la revisión y aval del proceso sea ejecutado por la Oficina Jurídica, que deberá entregar a las dependencias encargadas el cuadro
3. Para efectos de determinar la clase y cantidad de bienes o servicios a contratar es necesario que la dependencia solicitante realice los análisis correspondientes teniendo como uno de sus insumos el comportamiento histórico.

II. ETAPA PRECONTRACTUAL.-

Dentro de esta etapa encontramos los trámites que se deben cumplir:

1. **Definición del proceso de selección.**

De conformidad con las normas que rigen la contratación y el Reglamento Interno de Contratación deberá determinarse cuál proceso de selección se seguirá para la escogencia del contratista.

En el caso del Hospital éstos se encuentran definidos en la siguiente forma según acuerdo No. 05 del 2.004, determinando cantidades en pesos vigentes para el año 2.007:

Contratos que exigen proceso de selección previo:

ITEM	MODALIDAD	CUANTIA	PROCEIMIENTO
1	Contratación Directa. Art. 8.1.1	Inferior a 150 SMMLV (< \$ 65'055.000)	Invitación verbal o escrita a cotizar. Mínimo 2 ofertas
2	Contratación Directa. Art. 8.1.2	Entre 151 y 1.000 SMMLV (> \$ 65'055.000 < \$ 433'700.000)	Términos de Referencia. Publicación. Invitación por escrito el mismo día de la publicación. Cronograma del proceso.
3	Invitación Pública	Superior a 1.000 SMMLV (> 433'700.000)	Términos de Referencia Publicación en un diario de amplia circulación nacional.. Cronograma del proceso

Casos en los cuales la celebración del contrato con requiere proceso de selección previo:

ITEM	CLASE DE CONTRATO	OBSERVACIONES
1	Contratos intuitu personae	Contratos que se celebran en consideración a que solo determinada persona está en capacidad de ejecutarlos, por ejemplo: Consultoría y, en general, contratos de prestación de servicios profesionales.
2	Contratos o convenios interadministrativos	Es el celebrado entre entidades del Estado y tienen por objeto la realización de actividades que se enmarcan dentro de sus funciones y competencias.
3	Contratos de arrendamiento	Cuando la entidad contratante actuará en calidad de arrendatario.
4	Urgencia manifiesta	Se presenta cuando se requiere contratar de manera urgente e inmediata un bien o

		servicio para atender situaciones de emergencia previamente declaradas que no permiten realizar un proceso de selección.
5	Declaratoria de desierta	Cuando surtido el proceso de selección este sea declarado desierto por cualquier causa legal.
6	Falta de interés en participar	Cuando surtido el proceso de selección no se presente ninguna propuesta.

2. Permisos o autorizaciones previas.

Dentro de los estudios previos deberá determinarse si, para la celebración del contrato, son necesarios permisos, licencias o autorizaciones previas tales como por ejemplo licencias de construcción, CAR o Dirección de Estupefacientes para medicamentos.

3. Justificación o necesidad de la contratación.

Basada en los estudios previos (técnicos, jurídicos, económicos) deberá definir la razón por la cual es necesario proceder a contratar, señalar los requisitos que deberán cumplir quienes estén interesados en actuar como proponentes y establecer los criterios de evaluación.

Los anteriores son los requisitos básicos que debe contener la invitación a cotizar o los términos de referencia dependiendo del tipo de proceso de selección que se determine de acuerdo a la normatividad vigente.

4. Elaboración de los Términos de Referencia.

Los Términos de Referencia deberán incluir aspectos como la definición del objeto de la contratación, determinación de los bienes o servicios solicitados con determinación clara de las condiciones y requisitos (Técnicos, científicos, jurídicos, etc.) de los mismos, documentos y soportes legales, obligaciones puntuales que deberá cumplir el proponente para la ejecución del contrato, forma y criterios de evaluación de la propuesta, cronograma de actividades tanto del proceso de selección como del cumplimiento del objeto contractual y, en fin, todas las especificaciones que permitan al interesado presentar una propuesta que, en caso de ser seleccionado, cumpla con las expectativas fijadas para contratar.

De la juiciosa elaboración de los términos de referencia y de su especificidad dependerá la certeza jurídica en la selección del contratista y en la ejecución del contrato que ha de celebrarse como resultado. Son éstos los aspectos que examinarán tanto los entes de control como el juez en una eventual demanda contenciosa de carácter contractual.

5. Evaluaciones y calificaciones.

Pareciera que éste tema solo aplicaría para el caso de contratación a través de términos de referencia debe dejarse claro que , aún cuando de manera más abreviada, el tema de la evaluación aplica para la selección de todo contratista inclusive para aquellos cuya escogencia no requiere proceso de selección.

En los casos en que el proceso de selección se limite a la invitación a proponer y/o cotizar (Inferiores a 150 SMMLV) la evaluación y calificación se traduce en la elaboración de los cuadros comparativos (calidad & precio) con los cuales se definirá la propuesta más conveniente para el Hospital.

Cuando las propuestas se produzcan como consecuencia de invitación a través de Términos de Referencia la EVALUACIÓN JURÍDICA será la primera ya que ésta define si el proponente es hábil y la propuesta califica para continuar el proceso, la EVALUACIÓN FINANCIERA será la segunda y de igual forma es calificatoria. Para estos dos casos la evaluación procederá por solicitud del Subgerente Administrativo y Financiero con remisión de las propuestas recibidas. La EVALUACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA será la tercera, realizada por la dependencia a la cual compete la búsqueda del contrato, y determina la calificación correspondiente así:

- La calificación económica se refiere al factor **precio** y se determina por la aplicación de una fórmula aritmética establecida claramente en los términos de referencia.
- La calificación técnica deberá referirse a los aspectos de **calidad** y **experiencia**, debiendo establecer, igualmente, en los términos de referencia cual de los dos factores tiene mayor carga porcentual en la calificación.

6. Selección del Contratista.

En la utilización de los vocablos correspondientes es necesario ser muy cuidadosos pues ya que el Hospital se rige por normas especiales de contratación no es conveniente utilizar términos que son específicos de la Ley 80 de 1993 y que, de por sí, traen consecuencias jurídicas puntuales. Así, por ejemplo, el término “*adjudicación*” genera efectos jurídicos vinculantes en materia contractual pública relacionados y determinados en la Ley 80 los cuales no se aplican a las Empresas Sociales del Estado que se rigen, en materia contractual, por el derecho privado.

En las Empresas Sociales del Estado no se adjudica sino que se “*selecciona*”.

Si las propuestas surgen como consecuencia de una invitación a cotizar (< 150 SMMLV), ya se dijo que la evaluación correspondiente a los cuadros comparativos y la selección del contratista se legaliza con el Vo.Bo. que el

Gerente, como representante legal, coloca en los mismos el cual, también, autoriza continuar con el proceso contractual.

Si las propuestas surgen como consecuencia de una Invitación a través de Términos de Referencia, una vez realizadas las evaluaciones el Comité de Compras las someterá a estudio y recomendará al Gerente o contratar con el proponente que haya ocupado el primer lugar en la calificación o declarar desierta la selección si éste fuere el caso. Será el Gerente, como representante legal del Hospital y ordenador del gasto quien determine si se continúa o no con el proceso contractual.

7. Elaboración del contrato.

La carpeta contentiva de los estudios previos; permisos, licencias o autorizaciones; justificación; términos de referencia; evaluaciones y calificaciones; y demás documentos soporte deberá ser debidamente foliada y entregada por la dependencia a quien compete y/o interesa la suscripción del contrato a la Oficina Jurídica – Contratos para que se elabore el contrato respectivo.

Debe quedar claro que la minuta especificará en detalle el contrato a suscribirse por lo cual es fundamental que todos los documentos soporte sean claros ya que la minuta no variará las condiciones señaladas que no sean eminentemente jurídicas. Teniendo claro que si el proceso proviene de términos de referencia el contratista ya hizo entrega de todos los documentos legales es necesario señalar que para el caso de invitaciones para contratos inferiores a 150 SMMLV la carpeta deberá contener los mismos documentos solicitados al proponente de términos de referencia ya que sin ellos no será posible elaborar la minuta del contrato. Tales requisitos documentales se determinarán más adelante en el Capítulo de “Requisitos y Documentos”.

Por efectos de control una vez revisados los soportes la Oficina Jurídica será la encargada de solicitar la expedición del certificado de Disponibilidad Presupuestal, requisito obligatorio y previo. Recibido el medio físico correspondiente expedido por al Área Financiera se continuará el proceso.

8. Suscripción, perfeccionamiento y legalización del contrato.

Debe entenderse que en este punto se tocarán tres momentos que, dependiendo del tipo de contrato y su cuantía, deben cumplirse obligatoriamente para proceder a entrar en la siguiente fase que será la contractual, es decir, mientras ellos no se cumplan no podrá darse inicio a la ejecución del objeto contractual.

El primero tiene que ver con la suscripción del contrato que consiste en la firma del mismo por el Gerente y el Contratista. De esta tarea se encarga la Oficina Jurídica.

El segundo tiene que ver con el perfeccionamiento que se refiere a la expedición de la correspondiente Reserva Presupuestal la cual es solicitada, igualmente por la Oficina Jurídica.

El tercero tiene que ver con la legalización, etapa que deberá cumplirse en los contratos que por su naturaleza y/o cuantía requieren del pago de derechos de publicación y otorgamiento y aprobación de la Póliza Única. Será la minuta del contrato la que determine si el contratista debe cumplir con dichos requisitos y el término para la ejecución del contrato empezará a contarse a partir de la fecha de aprobación de la Póliza. No se podrán ejecutar contratos que no hubieren cumplido con este paso.

En el caso de contratos sin formalidades plenas (publicación y póliza única) la legalización se produce concomitante al perfeccionamiento y podrá iniciarse su ejecución.

Ejecución sin soporte contractual.

Esta situación se produce cuando la entidad ordena la ejecución de una actividad, prestación de un servicio o suministro de un bien sin contar con un contrato que lo ampare o sin que éste se encuentre debidamente perfeccionado y/o legalizado, según el caso. Por efectos de la gestión administrativa misma y de acuerdo con la jurisprudencia contractual estos casos no son ni tan escasos ni tan extraños como parece ser pero sí debe quedar claro para todos los servidores de la entidad que, de una u otra forma, intervienen en los procesos contractuales en cualquiera de sus etapas que ésta situación genera consecuencias jurídicas muy graves si se tiene en cuenta que genera responsabilidades penales, disciplinarias, fiscales y civiles patrimoniales. La legalización de los llamados “*hechos cumplidos*” (se celebra un contrato para amparar la prestación ya recibida) está tipificada en la ley penal como un delito sancionable con pena privativa de la libertad; en la ley disciplinaria como falta gravísima sancionable con destitución e inhabilitación general de 10 a 20 años y, adicionalmente, puede generar una responsabilidad civil patrimonial en la que el funcionario responderá con sus propios bienes.

En todos los casos de prestación sin soporte contractual deberá llevarse el asunto a estudio de la Procuraduría General de la Nación para que a través del Procurador Judicial se concilie con el particular que prestó el servicio o suministró el bien el pago del mismo. Todas estas conciliaciones dan inicio a una acción disciplinaria.

Contratación sin soporte presupuestal.

Dentro de las normas presupuestales y como requisito de la etapa pre-contractual debe definirse el compromiso contractual. Se refiere específicamente al trámite de la expedición de la disponibilidad

presupuestal previa a la elaboración de la minuta y suscripción del contrato y el registro presupuestal o reserva que se tramita y obtiene una vez suscrito el contrato para proceder a su perfeccionamiento.

La ausencia de tales registros causa daño antijurídico y conflictos y puede presentarse porque la dependencia interesada en el contrato no realiza los trámites previos y no entrega a la Oficina Jurídica, encargada de tramitar tales registros, la carpeta contentiva de los documentos pre-contractuales o porque se ordena el suministro de bienes o servicios no contemplados dentro del objeto contractual o porque se siguen prestando los bienes y/o servicios una vez agotado el presupuesto asignado y registrado, es decir, por sobre-ejecución.

Lastimosamente aunque estos caos se presentan con mayor regularidad en entidades de derecho publico prestadoras de servicios como lo son, por ejemplo, los Hospitales la excusa de que se trata de servicios que se deben prestar sin solución de continuidad y la naturaleza de fundamental o esencial del servicio no reconstituye en una causal de exclusión de la responsabilidad. En el único caso en que la ley permite la prestación de servicios sin soporte presupuestal previo y sin contrato escrito es el relativo a la prestación de servicios de urgencias en materia de salud, en el cual prima el derecho social y económico a la salud, fundamental por conexidad con el de la visa frente al cumplimiento de la ritualidad y formalidad del proceso contractual. No obstante, aún en este caso, el pago de la prestación del servicio debe someterse a conciliación ante el Procurador Judicial.

Como mecanismo de prevención este instructivo planteara:

- Requisitos que se deben cumplir para proceder a realizar los trámites presupuestales de contratos.
- Requisitos que se deben cumplir para proceder a realizar los trámites presupuestales de adiciones en valor a contratos vigentes.
- Procedimientos y tareas que deben tener en cuenta las personas designadas como supervisores de contratos.

III. ETAPA CONTRACTUAL.-

Suscrito, perfeccionado y legalizado el contrato se inicia la etapa contractual, referida a la ejecución del contrato propiamente señalada entre la fecha de iniciación del mismo y la fecha de su liquidación, dentro de la cual se encuentra la designación por parte del Gerente de quien ejercerá las acciones y actividades de supervisión o interventoría, según el caso.

En la etapa contractual encontramos las siguientes fases:

1. Designación del supervisor o interventor.

Tenemos que por efectos legales la interventoría será siempre la ejercida por una persona natural o jurídica externa a la entidad en tanto que la supervisión será la ejercida por un servidor público de la entidad previa designación efectuada por el mismo Gerente. A partir de este momento se inicia la **gestión contractual** propiamente dicha.

Como una medida de prevención del daño antijurídico algunas entidades, entre ellas el Hospital, cuentan desde el momento de la planeación del contrato con el concurso de quien va a desarrollar las funciones de supervisor y, como se señaló anteriormente será dicho servidor quien efectúe la evaluación técnica de la propuesta a través del cuadro comparativo o la evaluación formal.

En términos puramente legales dicha participación queda en suspenso desde el momento en que se evalúa una propuesta hasta el momento en que se le hace conocer la designación como supervisor a partir del cual entra a actuar como tal.

(Hasta aquí va el texto de la Guía para observaciones puntuales de los demás contenidos)–