



BOLETÍN DE RELATORÍA

VOL. IV

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- 2023

Director General

Stalin Ballesteros García

Secretaria General

Jenny Fabiola Páez Vargas

Subdirector de Negocios (E)

Juan David Marín López

Subdirectora de Gestión Contractual

Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Subdirector de Información y Desarrollo Tecnológico (IDT) (E)

Carlos Francisco Toledo

Subdirector de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico (EMAE)

Ricardo Adolfo Suárez

Asesora Experta de Despacho

María del Pilar Suárez Sebastián

Asesor Experto de Despacho

Carlos Francisco Toledo

Asesora de Planeación, Políticas Públicas y Asuntos Internacionales

Claudia Taboada Tapia

Asesor Experto de Despacho

Juan David Marín López

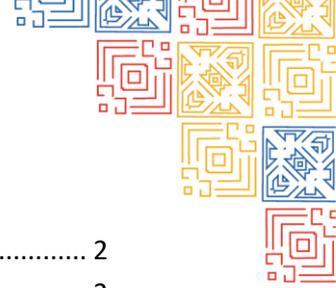
Asesor de Comunicaciones Estratégicas

Ricardo Pajarito Mondragón

Asesora de Control Interno

Judith Gómez Zambrano





CONTENIDO

1. EDITORIAL.....	2
2. INTRODUCCIÓN.....	3
3. CONCEPTOS DESTACADOS	5

3.1. Incentivos contractuales, mecanismos de colaboración y medidas acceso al sistema de compra pública6

La Ley 2160 de 2021 no derogó ni le quito fuerza ejecutoria al Decreto 1088 de 1993..... 7

La contratación directa de Cabildos Indígenas prescrita en la Ley 2160 de 2021 y el Decreto 1088 de 1993 tienen ámbitos de aplicación distintos..... 10

Los Resguardos Indígenas pueden asociarse para administrar y ejecutar los recursos del Sistema General de Participaciones..... 12

Los Resguardos Indígenas pueden ser parte de una Unión Temporal o Consorcio a la luz del Decreto 1953 de 2014 y el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 14

Contratación con Resguardos y Cabildos Indígenas: Ámbito de aplicación del Decreto 1953 de 2014 y la Ley 2160 de 2021 16

3.2. Conceptos de relevancia jurídica en materia de contratación estatal ... 18

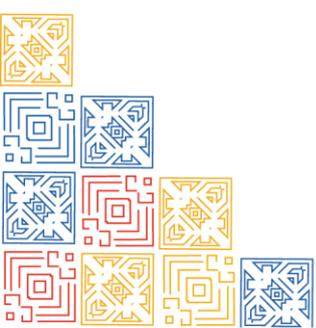
Los convenios de becas por impuestos son de naturaleza especial y su régimen jurídico base es el EGCAP 19

Acreditación de experiencia por oferentes extranjeros 21

Relación de costo-beneficio para determinar el ofrecimiento más favorable 24

Restricción para contratar con el Estado parientes de servidores públicos de los niveles directivo, asesor, miembros de la junta o consejo directivo, o personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante 27

Remuneración en un contrato de obra modalidad llave en mano 30



1. EDITORIAL



La Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha publicado en el año en curso varios *Boletines de Relatoría*, en los cuales se han condensado algunos conceptos emitidos en desarrollo de la función consultiva que se consideran de relevancia para la comunidad en general, especialmente, en el contexto actual en el cual la Agencia tiene como propósito primordial promover la participación de ciertos sectores de la población en el Sistema de Compras Públicas.

Siendo conscientes de la relevancia que tienen los grupos indígenas en nuestro país, caracterizado por su diversidad cultural, que se expresa en la multiplicidad de identidades y expresiones culturales, y el cual cuenta con 115 pueblos indígenas y una población de 1.905.617 personas indígenas¹, la *Cuarta Edición del Boletín de Relatoría* se centra en el régimen jurídico que rige la participación de las comunidades indígenas en la contratación estatal. Así las cosas, en la primera parte de esta entrega se sintetizan una serie de conceptos en los que la Subdirección de Gestión Contractual ha estudiado temas relacionados con el marco jurídico que rige la contratación con Cabildos y Resguardos Indígenas y sus formas de asociación, las normas que les aplican dependiendo el tipo de sujeto que pretenda contratar con el Estado y los objetos contractuales, la posibilidad de asociarse con Uniones Temporales y consorcios, entre otros temas que esperamos sean de su interés.

Así mismo, con el propósito de que los participantes del sistema de compras públicas cuenten con diferentes herramientas que contribuyan a una aplicación uniforme y adecuada de las normas que rigen la contratación estatal, y esto a su vez, aporte a un ejercicio más transparente de los procesos contractuales, en la segunda parte de la presente edición se dan a conocer conceptos en los que se abordan y analizan cuestiones que de forma reiterada son consultadas a esta Subdirección.

Subdirección de Gestión Contractual

¹ Departamento Nacional de Planeación. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”. Disponible: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/2023-05-04-bases-plan-nacional-de-inversiones-2022-2026.pdf>

2. INTRODUCCIÓN



Con la suscripción del Convenio No. 169 de 1989, "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad mediante la Ley 21 de 1991, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989", el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad.

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano se comprometió a implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas fueran respetados en igualdad de condiciones, promover sus derechos, respetar su identidad, sus costumbres y tradiciones, de modo que se eliminen las diferencias existentes entre sus miembros y los demás grupos sociales.

El cumplimiento de este compromiso ha requerido la creación de un marco jurídico legal y reglamentario que permita desarrollar las acciones pertinentes para alcanzar dicha finalidad. Esta es la razón por la que en el ordenamiento jurídico colombiano existen múltiples preceptos dirigidos a promover en diferentes contextos los derechos de los pueblos indígenas. Dentro de los ámbitos en los que han incidido estas disposiciones se encuentra el de la contratación pública, en la medida en que las actuaciones orientadas a la satisfacción de derechos de los pueblos indígenas en situaciones concretas requieren de la concertación entre las comunidades indígenas y las Entidades Estatales, lo que ha suscitado la necesidad de un tratamiento jurídico particular para tales acuerdos.

Esto ha generado que diversas disposiciones reconozcan la posibilidad de celebrar convenios o contratos que involucran como cocontratantes de las Entidades Estatales a diferentes instancias de representación de las comunidades indígenas. Para tales efectos, el legislador ha atribuido capacidad jurídica y contractual a diversas formas organizativas de los pueblos indígenas, estableciendo unos supuestos de hecho y requisitos con sujeción a los cuales procede la celebración de acuerdos de naturaleza contractual con dichos agentes.

Debido a lo anterior, en varias disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad material, procurar la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades, así como a la preservación de la identidad social

y cultural de los pueblos indígenas, se han regulado algunos aspectos contractuales en relación con sus órganos representativos.

Sin embargo, esta regulación se torna dispersa dado que el grueso de las disposiciones en las que se sustentan las modalidades contractuales y la capacidad para celebrarlas se encuentra en varios cuerpos normativos que aplican a distintos entes estatales, obedecen a contextos disímiles y tienen naturaleza normativa diferente, lo cual ha conllevado un ejercicio hermenéutico por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente de interpretar los distintos cuerpos normativos y aclarar aspectos tales como su vigencia o ámbito de aplicación dependiendo los sujetos y los objetos contractuales que se pretenden celebrar.

Al contexto anterior, se le suma la expedición de la Ley 2294 de 2023, mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida”, el cual reconoce que este tipo de poblaciones han padecido y siguen padeciendo diferentes tipos de violencia e injusticias, como el conflicto armado, el despojo territorial, diferentes formas de exclusión social como el racismo y la marginación estructural.

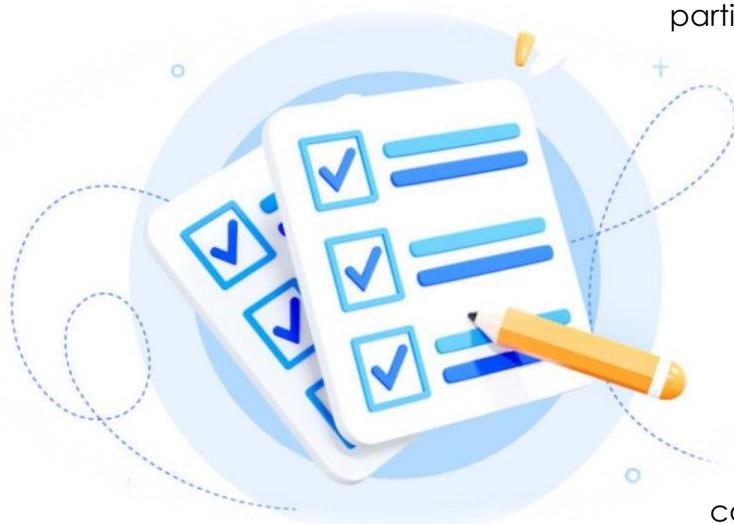
Si bien, la normatividad vigente y la jurisprudencia han sentado las bases para garantizar su participación en las decisiones que los afectan los pueblos indígenas aún no ven sus derechos respetados ni garantizados, por lo cual el Plan Nacional de Desarrollo propone un cambio en el relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas, para avanzar en la garantía efectiva de los derechos consagrados en la Constitución, superar las desigualdades estructurales, y fortalecer su participación en el desarrollo político, económico y social del país. Así las cosas, los artículos 351 y 352 del Plan Nacional de Desarrollo modifican el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 para fortalecer sus capacidades autónomas de administración, se articulen diferentes acciones institucionales, entre ellas los procesos contractuales, el seguimiento a la implementación de los recursos y la especialización en la función pública étnica.



En el escenario reseñado cobra vital importancia el conocimiento que se tenga de las normas que rigen la participación de los pueblos indígenas en la contratación estatal, con miras a incentivar su participación y así lograr una mayor democratización de la compra pública.

3. CONCEPTOS DESTACADOS

En virtud de la importancia que reviste en el contexto actual colombiano y, en especial, teniendo en cuenta los objetivos planteados por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– de incentivar la



participación de actores de economía popular en el sistema de compras públicas, en la primera parte de esta Cuarta Edición del *Boletín de Relatoría* se analizan algunos de los conceptos relacionados con las inquietudes formuladas a la Subdirección de Gestión Contractual en relación con los regímenes jurídico para la contratación con comunidades indígenas y sus formas de asociación.

En la segunda parte del boletín se destacan ciertos conceptos en los que se abordaron distintos temas de relevancia en la contratación estatal en los que la Subdirección de Gestión Contractual ha realizado importantes esfuerzos argumentativos en orden de construir posturas sólidas sobre la interpretación de distintas normas que ameritan distintas claridades de cara a su aplicación por parte de los operadores jurídicos.



3.1. Incentivos contractuales, mecanismos de colaboración y medidas acceso al sistema de compra pública



La Ley 2160 de 2021 no derogó ni le quito fuerza ejecutoria al Decreto 1088 de 1993



El artículo transitorio 56 de la Constitución Política permitió que, hasta tanto se expidiera la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial donde se desarrollara la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, el Gobierno Nacional podría dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios

indígenas y su coordinación con las demás Entidades Territoriales.

Con base en dicha disposición se expidió el Decreto 1088 de 1993, por medio del cual se reguló la creación de las *Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas*. En dicho cuerpo normativo se categorizaron a estas asociaciones como entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y, en consecuencia, con capacidad jurídica contractual.

De igual forma, el Decreto 252 de 2020 adicionó un párrafo al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, posibilitando a cualquier Entidad Estatal contratar directamente con Organizaciones Indígenas y Asociaciones de Cabildos indígenas y/o Autoridades Tradicionales. Dichas organizaciones deben estar compuestas, exclusivamente, por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos indígenas, asociaciones de autoridades indígenas y/o otras formas de autoridad indígena.

Por otra parte, la Ley 2160 de 2021 introdujo, entre muchas otras innovaciones, la capacidad jurídica contractual a las Asociaciones de Autoridades Indígenas – con una connotación distinta a la que se refiere el Decreto 1088 – y los Cabildos Indígenas. Así mismo, incorporó la definición y composición de las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas y Cabildos Indígenas. Y, por último, la posibilidad que estas puedan ser contratadas directamente cuando el objeto del contrato o convenio esté dirigido al fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Bajo este contexto normativo han surgido dudas acerca de la coexistencia y aparente contradicción que puede llegar a presentarse de la lectura del Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2160 de 2021. Esta cuestión surge, como quiera que el decreto precitado encuentra su fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Nacional, que otorgaba la potestad al Gobierno Nacional hasta tanto el legislador expidiera la norma que desarrollara a las entidades territoriales



indígenas a las que se refiere el artículo 329 superior. Dicha norma se pensó que era la Ley 2160 de 2021, y bajo esa lógica, desaparecería el fundamento normativo del Decreto 1088 de 1993.

El anterior planteamiento fue desarrollado por esta Agencia a través del concepto C-329 de 2022, en el que se precisó que, el Decreto 1088 de 1993 junto con el Decreto 252 de 2020 y la Ley 2160 de 2021 se encuentran vigentes actualmente y, por tanto, pueden ser aplicadas en contextos fácticos y jurídicos distintos.

Lo anterior se sustenta en lo siguiente: si bien la Ley 2160 de 2021 introduce a la Ley 80 de 1993 disposiciones relacionadas con los derechos de la población indígena, de su contenido no se puede concluir que se trate una norma que busca implementar las Entidades Territoriales Indígenas a las que se refiere el artículo 329 de la Constitución Política, haciendo cesar la omisión legislativa al respecto, conclusión que tampoco surge de la exposición de motivos de la norma. En ese sentido, la mera expedición de la Ley 2160 de 2021 no es un hecho que haya afectado la vigencia de los Decretos 1088 de 1993 y 252 de



2020, ni susceptible de generar su pérdida de fuerza ejecutoria.

Al argumento expuesto en el párrafo precedente se le suma el hecho que las disposiciones que aquí se tratan tienen ámbitos de aplicación distintos, en el marco de los cuales pueden celebrarse contratos conforme a una y otra normativa.

NORMATIVA:

- Constitución Política: Artículo 329 y transitorio 56.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 2160 de 2021.
- Decreto 1088 de 1993.
- Decreto 252 de 2020.



DESCRIPTORES y Restrictores:

PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / ASOCIACIONES DE AUTORIDADES TRADICIONALES – Capacidad contractual – Contratación directa – Ley 2160 de 2021 – Organizaciones regionales indígenas – Noción / CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación Directa / CONTRATACIÓN DIRECTA – Decretos autónomos – Vigencia / CONTRATACIÓN DIRECTA – Pueblos indígenas – Regímenes – Ámbito de aplicación

Consúltalo en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-359%20de%202022>

La contratación directa de Cabildos Indígenas prescrita en la Ley 2160 de 2021 y el Decreto 1088 de 1993 tienen ámbitos de aplicación distintos

Antes de la entrada en vigor de la Ley 2160 de 2021 los Cabildos Indígenas ostentaban una capacidad jurídica limitada para la celebración de contratos y/o convenios. A mencionar, los numerales 16 y 18 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 facultaban a los Cabildos Indígenas a que pudiesen, por un lado, celebrar convenios solidarios con las alcaldías municipales y distritales, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo y, por otro lado, convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario.



De igual forma, el párrafo del artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020, posibilitó que la Asociación de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales celebren contratos o convenios de manera directa con las Entidades Estatales de acuerdo con lo contemplado en el artículo precitado y en el EGCAP.

En ese orden de ideas, la Ley 2160 de 2021 introduce modificaciones a la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Concretamente, le otorga capacidad jurídica a los Cabildos Indígenas, los cuales son definidos como “[...] una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta [...]”. Igualmente, la mencionada ley incorporó un supuesto para que los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas puedan celebrar directamente convenios y contratos con Entidades Estatales.

En relación con las normas expuestas surge la duda respecto del ámbito de aplicación del artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020, y del artículo 2 de la Ley 2160 de 2021, que modificó el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 incluyendo el literal l), m) y n). Dicha cuestión se origina, como quiera que ambas normas posibilitan que las Entidades Estatales contraten directamente con Cabildos Indígenas.



En ese contexto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por vía del Concepto C-695 de 2022, resolvió las dudas que se generaron al respecto, interpretando que las normas en conflicto regulan escenarios de contratación directa distintos, en la medida en que proceden en atención a supuestos disímiles y operan respecto de sujetos diferentes, lo que significa que difieren en su ámbito de aplicación.



De un lado, la Ley 2160 de 2021 introdujo unas causales de contratación directa que aplican de manera específica a algunos de los nuevos sujetos a los que se asigna capacidad jurídica. En lo que a Cabildos Indígenas y las Autoridades Tradicionales Indígenas respecta, se incluyó el literal l), causal que opera únicamente respecto de estos sujetos siempre que el objeto del contrato o convenio esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

En contraste, el Decreto autónomo 1088 de 1993, modificado por el Decreto 252 de 2020, también regula la posibilidad de contratar de manera directa con Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales –art. 2 y ss. D. 1088 de 1993– y Organizaciones Indígenas –conformadas exclusivamente por Cabildos, Resguardos, Asociaciones de Cabildos, Asociación de Autoridades u otra forma de Autoridad Indígena propia–, esto es, sujetos diferentes a los establecidos en la Ley 2160 de 2021. En otras palabras, véase que la posibilidad de celebrar de manera directa con Cabildos Indígenas en esta norma está supeditada a que estos participen en forma de asociación y no de manera individual. Adicionalmente, el Decreto 1088 de 1993 no exige relación del objeto contractual con algún tema específico, como si lo hace la Ley 2160 de 2021.

NORMATIVA:

- Ley 80 de 1993: Artículos 6 y 7.
- Ley 2160 de 2021: Artículos 2, 3 y 5.
- Ley 136 de 1994: Artículo 16.
- Ley 1551 de 2012.
- Decreto 1088 de 1993.
- Decreto 1454 de 2014.
- Decreto 252 de 2020.



DESCRIPTORES y Restrictores:

PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / ASOCIACIONES DE AUTORIDADES TRADICIONALES – Capacidad contractual –Contratación directa – Ley 2160 de 2021 – Organizaciones regionales indígenas – Noción / CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación Directa / CONTRATACIÓN DIRECTA – Decretos autónomos – Vigencia / CONTRATACIÓN DIRECTA – Pueblos indígenas – Regímenes – Ámbito de aplicación

Consúltalo en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-695%20DE%202022>

Los Resguardos Indígenas pueden asociarse para administrar y ejecutar los recursos del Sistema General de Participaciones



Como se mencionó anteriormente, la Ley 21 de 1991 incorporó, vía bloque de constitucionalidad, el Convenio No. 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. Así mismo, el artículo 2 de la precitada Ley prescribe que los Gobiernos deberán implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas sean respetados en igualdad de condiciones, promover sus derechos, respetar su identidad, sus costumbres y tradiciones, de modo que se eliminen las diferencias existentes entre sus miembros y los demás grupos sociales.

Conforme a lo anterior, el Estado de Colombia en cumplimiento de este compromiso ha expedido instrumentos normativos – como leyes y decretos – que en lo que a contratación pública respecta les ha atribuido capacidad jurídica y contractual a diversas formas organizativas de los pueblos indígenas.

Concretamente, las normas encaminadas a regular los derechos de pueblos indígenas en materia de contratación estatal se encuentran en las Leyes 136 de 1994– modificada por la Ley 1551 de 2012, 2160 de 2021 y los Decretos 1088 de 1993, 1953 de 2014 y 252 de 2020, los cuales refieren a sujetos y supuestos normativos distintos en cada una de ellas.

De las anteriores normas, vale la pena destacar aquella respecto a la cual no se ha hecho mención en este Boletín, esto es el Decreto 1953 de 2014, el cual tiene como finalidad crear un régimen especial para que los pueblos indígenas pueden realizar la administración y ejecutar los recursos del Sistema General de Participación – en adelante SGP - hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política.

Bajo este contexto normativo se han originado dudas acerca del articulado y la interpretación de estos en lo relativo a las asociaciones de resguardos indígenas, su capacidad jurídica, y la naturaleza de estos.

Es así como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio del Concepto C-707 de 2022, expresa que la normativa en cuestión dispone que los Resguardos Indígenas podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y que dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial.



De igual forma, la norma establece una última posibilidad para los resguardos indígenas que no hayan sido autorizados para administrar de manera directa los recursos del SGP, consistente

en la celebración de un contrato de administración suscrito entre la Entidad Territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias.



NORMATIVA:

- Constitución Política: Artículo 329.
- Ley 80 de 1993: Artículo 2.
- Ley 1551 de 2012: Artículo 6.
- Decreto 1953 de 2014: Artículo 20.
- Decreto 252 de 2020: Artículo 1.
- Ley 2160 de 2021: Artículo: 1, 2, 3.
- Ley 1150 de 2007: Artículo 2.4, literal I).

DESCRIPTORES y Restrictores:

PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / ASOCIACIONES DE CABILDOS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012 – Decreto 1953 de 2014 / CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación Directa / CONTRATACIÓN DIRECTA – Pueblos indígenas – Regímenes – Ámbito de aplicación – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021

Consúltalo en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-707%20de%202022>

Los Resguardos Indígenas pueden ser parte de una Unión Temporal o Consorcio a la luz del Decreto 1953 de 2014 y el artículo 7 de la Ley 80 de 1993

Como ya se ha mencionado, desde la expedición del Decreto 1953 de 2014, los Territorios y Resguardos Indígenas ostentan de capacidad jurídica. En línea con lo anterior, dicho artículo prescribe que aquellos que hayan sido autorizados para administrar recursos del Sistema General de Participaciones, conforme a lo dispuesto por ese decreto, se consideran Entidades Estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.



Por otra parte, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los Consorcios y Uniones Temporales como una alternativa por medio del cual dos o más personas pueden asociarse con el fin de presentar de forma conjunta una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, logrando con ello mayor eficacia bajo un fin común de contenido patrimonial y lucrativo.

Estas figuras jurídicas guardan similitud en tanto que, para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la responsabilidad es solidaria. Sin embargo, en lo relativo a la imposición de multas no son regulados de la misma forma, como quiera que, tratándose de una Unión Temporal, las sanciones se individualizan según el grado de participación de sus miembros, mientras que en el Consorcio dicha individualización no opera, ya que sus miembros responderán solidariamente frente a las sanciones que correspondan.

En relación con las disposiciones mencionadas se presenta el interrogante respecto de si los Resguardos Indígenas pueden hacer parte de una Unión Temporal o Consorcio.

En el concepto C-899 de 2022, la Subdirección de Gestión Contractual respondió a la duda, señalando que, del ejercicio interpretativo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1953 de 2014, no hay obstáculo legal para que los Resguardos Indígenas hagan parte de la figura asociativa de Uniones Temporales y Consorcios.



En particular, esta Agencia considera que la norma que regula las figuras jurídicas analizadas solo exige que la propuesta debe ser presentada conjuntamente por dos o más "personas", sin hacer ninguna aclaración ulterior. En ese orden de ideas, como consecuencia del principio de interpretación de las normas jurídicas según el cual donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete, las dos o

más personas que conforman el consorcio o la unión temporal pueden tener cualquier calidad.

En consonancia con lo expuesto en el aludido concepto se concluye que, los miembros del Consorcio o Unión Temporal deben tener personalidad jurídica para poder conformar una estructura plural válidamente. Lo anterior, para efectos de la respuesta al interrogante planteado implica que, como quiera que a la luz del Decreto 1953 de 2014 los Resguardos Indígenas están dotados de capacidad jurídica, la cual será ejercida a través de su representante legal, nada obsta para que hagan parte de Uniones Temporales o Consorcios, a la luz del artículo 7 de la Ley 80 de 1993.



NORMATIVA:

- Ley 80 de 1993: Artículo 2 y 7.
- Ley 1551 de 2012.
- Decreto 1088 de 1993.
- Decreto 1953 de 2014.

DESCRIPTORES y Restrictores:

PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / RESGUARDOS Y AUTORIDADES TRADICIONALES INDIGENAS – Régimen de contratación / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN – Resguardos indígenas – Decreto 1953 de 2014 / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Democracia – Estado social de Derecho – Fundamento axiológico / SECOP – Ejecución de recursos públicos / CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES – Concepto – Capacidad jurídica – Resguardos Indígenas

Consúltalo en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-899%20de%202022>

Contratación con Resguardos y Cabildos Indígenas: Ámbito de aplicación del Decreto 1953 de 2014 y la Ley 2160 de 2021

Tal como se explicó en precedencia acerca de la coexistencia y vigencia en el ordenamiento jurídico del Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2160 de 2021, ocurre una situación similar con el Decreto 1953 de 2014.



En el caso en particular, el Decreto 1953 de 2014 se creó con un fin transitorio, como ya se hizo mención anteriormente, hasta que el órgano legislativo expidiera la Ley que regulara los Territorios Indígenas, máxime cuando el Constituyente le otorgó dicha competencia al Congreso de la República según lo prescrito por el artículo 329 de la Constitución de 1991.

En ese sentido, bajo la misma línea que se argumenta en el concepto C-359 de 2022 respecto de la vigencia del Decreto 1088 de 1993 junto con la Ley 2160 de 2021, el Decreto 1953 tiene plena vigencia actualmente, toda vez que fue expedido en virtud de la autorización conferida al Gobierno Nacional por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política.

Con todo se reitera que revisada la exposición de motivos y el articulado de la Ley 2160 de 2021 se advierte que, si bien esta norma introduce en la Ley 80 de 1993 disposiciones relacionadas con los derechos de la población indígena, de su contenido no puede inferirse que se trate de una norma tendiente a implementar las Entidades Territoriales Indígenas haciendo cesar la omisión legislativa identificada por la jurisprudencia constitucional, conclusión que tampoco surge de la exposición de motivos de la norma. En ese sentido, la sola expedición de la Ley 2160 de 2021 no es un hecho que haya afectado la vigencia del Decreto 1953 de 2014.

Ahora bien, en el marco de las normas mencionadas surgen dudas respecto del ámbito de aplicación de las estas. Puntualmente, acerca de los sujetos y los supuestos de contratación que faculta.

La Subdirección de Gestión Contractual, por medio del concepto C-961 de 2022 resalta los puntos elementales para diferenciar los ámbitos de aplicación de una y otra norma, pues no se trata de los mismos sujetos y, consecuentemente, la capacidad jurídica que se le otorga a cada uno ellos en las respectivas normas no se desprende de los mismos supuestos de hecho.

Se advierte que las normas objeto de análisis aplican





a sujetos distintos. En efecto, el Decreto 1953 de 2014 prescribe que los Resguardos Indígenas autorizados para administrar la asignación especial de los recursos del SGP se consideran Entidades Públicas y los resguardos no autorizados pueden suscribir contratos de administración con las Entidades Territoriales. Por su parte, la Ley 2160 de 2021, al incorporar el literal L) al artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, únicamente se refirió a Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas. De esta manera, las asociaciones definidas por la Ley 2160 de 2021 solo estarían facultadas para la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda, requiriendo además de al menos diez (10) organizaciones regionales indígenas para su conformación, como indica el precitado artículo 7.8 de la Ley 80 de 1993, mientras el Decreto 1953 se basa en las contrataciones que se derivan de la asignación especial del SGP.

NORMATIVA:

- Constitución política de Colombia: Artículo 56 – Transitorio.
- Ley 2160 de 2021.
- Decreto 1953 de 2014.

DESCRITORES y Restrictores:

PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / ASOCIACIONES DE CABILDOS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012 – Decreto 1953 de 2014 / CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación Directa / CONTRATACIÓN DIRECTA –

Pueblos indígenas – Regímenes – Ámbito de aplicación – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021

Consúltalo en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-961%20de%202022>



3.2. Conceptos de relevancia jurídica en materia de contratación estatal



Los convenios de becas por impuestos son de naturaleza especial y su régimen jurídico base es el EGCAP

El artículo 190 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 985 de 2022 consagran una *tipología especial* de convenio entre las personas naturales o jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios y el Ministerio del Deporte, cuyo objeto es la asignación de becas de estudio y manutención a deportistas talento o reserva deportiva, en contraprestación de títulos negociables para el pago del impuesto sobre la renta.

El Decreto 958 de 2022 reglamentó las modalidades de realización de los aportes y la forma del cálculo cuando el aporte se realice en especie, el mecanismo de selección, evaluación y seguimiento de los deportistas beneficiados, los criterios de inclusión y de exclusión del Programa, los criterios técnico-deportivos aplicables para el concepto de manutención, y demás aspectos atinentes al "Programa de Becas por Impuestos".

El problema jurídico planteado en el concepto C-723 de 2022 se centra en determinar la naturaleza jurídica y régimen aplicable de los convenios para la asignación de becas por impuestos suscritos entre contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con el Ministerio del Deporte.

Los convenios para la asignación de becas por impuestos son de carácter especial o *sui generis* debido a su objeto y al procedimiento que debe adelantarse para su celebración, pero su régimen jurídico base sigue siendo el EGCAP.

El citado concepto estableció la naturaleza especial de estos convenios, a partir de cuatro (4) razones fundamentales: primera, su objeto, pues es una tipología de convenio entre personas naturales o jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios y el Ministerio del Deporte, cuyo objeto es asignación de becas de estudio y manutención a deportistas talento o reserva deportiva, con la finalidad de recibir a cambio títulos negociables para el pago del impuesto sobre la renta, por lo cual es un convenio especial distinto a los convenios.

Segundo, no comparte la naturaleza jurídica de los



convenios regulados en el Decreto 092 de 2017, porque difieren en las partes que suscriben el convenio, pues en estos se trata de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, mientras que en los convenios del Decreto 958 de 2022 son personas naturales o jurídicas contribuyentes del impuesto de renta y complementarios.



Tercero, el concepto distingue el convenio referido de los convenios interadministrativos con fundamento en que este último el negoció jurídico se celebra entre Entidades Públicas, mientras que en el aquellos son particulares con el Ministerio del Deporte.

Finalmente, de conformidad con el artículo 2, numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, se concluye que tienen un procedimiento especial en su etapa precontractual, pero aclara que el régimen jurídico de base de estos convenios sigue siendo el EGCAP, pues la entidad contratante es un Ministerio.

Conforme con el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014, el Decreto 1081 de 2015 y en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, que hacen obligatorio el uso del SECOP II, independientemente del régimen jurídico aplicable al contrato estos convenios deben ser publicados en esta plataforma transaccional.



NORMATIVA:

- Decreto 985 de 2022: Artículo 2.14.5.1

DESCRIPTORES y Restrictores:

CONVENIOS - BECAS POR IMPUESTOS - CONVENIO - SECOP II – Becas por impuestos – Marco normativo – Ministerio del Deporte – Convenio – Fundamento – Tipología especial – Becas por impuestos – Ministerio del Deporte – Régimen – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Convenio – Becas por impuestos – Obligación

Consúltalo: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-723%20de%202022>

Acreditación de experiencia por oferentes extranjeros

En Colombia, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección en el país.



Para ello, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las Entidades Estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes – en adelante RUP-. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En este registro constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan, en principio, solicitar o aportar otra documentación.

La Ley 455 de 1998 y la Resolución No. 10547 de 2018 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia fueron incorporadas en la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, versión expedida el 15 de julio de 2022, en cuyo numeral 8.1 se hace referencia a la forma en la que se acreditan los documentos expedidos en el exterior para ser tenidos en cuenta en los procesos de contratación. La circular establece que los documentos expedidos en el exterior y que requieran apostilla y/o legalización deben tramitarse de conformidad con lo previsto, hoy, en la Resolución No. 1959 de 2020, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia

Así las cosas, el concepto C-090 de 2023 surge como una respuesta a los interrogantes planteados frente a la formalidad y requisito del apostille para hacer valer los documentos emitidos en el extranjero. Así mismo, la acreditación de la capacidad técnica que pretende hacer valer las empresas extranjeras en Colombia. Todo lo anterior desde la mirada de la legislación nacional que tiene fundamento en los postulados trazados por la OCDE.



En los Procesos de Contratación adelantados bajo la modalidad de selección de licitación pública en Colombia, que resulta ser la modalidad de selección de contratistas por regla general, el criterio de escogencia no está determinado únicamente por el valor, por el contrario, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dispuso que las Entidades Estatales deben diseñar en sus pliegos de condiciones, criterios que contengan tanto factores técnicos y económicos de escogencia,

siendo la oferta más ventajosa la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:



a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

En primer lugar, la experiencia obtenida en el extranjero es válida en los procesos de contratación adelantados por Entidades Estatales, tanto la obtenida mediante contratos suscritos con Entidades Públicas como la derivada de contratos celebrados con particulares, pues conforme se expuso en el presente concepto de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente para ejecutar el objeto a contratar.

Ahora bien, respecto de los documentos mediante los cuales se acredita la experiencia obtenida en el extranjero resulta importante indicar que estos deben cumplir con los requisitos de ley para adquirir validez como medio probatorio, en las actuaciones judiciales y administrativas realizadas en el territorio colombiano, requisitos que son distintos si se trata de documentos públicos y documentos privados.

En segundo término, en Colombia, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los procesos de contratación en el país. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el “Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes en los Procesos de Contratación”, precisó que estos tienen como propósito el “establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación”.

En ese orden de ideas, las Entidades Estatales, durante la etapa de planeación del contrato, deben estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza, al valor del contrato, a la forma de pago, a los riesgos, al plazo y a la complejidad de la ejecución del objeto, como lo prevén el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.



NORMATIVA:

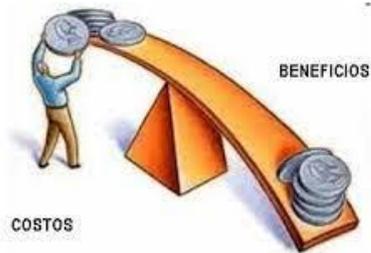
- Ley 455 de 1998.
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 1474 de 2011.
- Decreto 1082 de 2015.
- Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- Resolución No. 1959 de 2020

DESCRIPTORES y Restrictores:

OFERENTES EXTRANJEROS Requisitos habilitantes y de calificación – Registro RUP /EXPERIENCIA – Noción – Concepto / OFERENTES EXTRANJEROS – Acreditación experiencia en el extranjero - / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Régimen jurídico / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Finalidad – Certificación firma – Servidor público – Trámite – Documentos públicos – Validez / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos públicos – Clases / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos privados – Convertidos en públicos / TRATO NACIONAL – Reciprocidad – Proponente Extranjero – Apostilla – Legalización de documentos – Documentos extranjeros – Deber de apostillar – Deber de legalizar / LICITACIÓN PÚBLICA – Selección objetiva – Ofrecimiento más favorable /OCDE – Recomendación del Consejo sobre contratación pública.

Consúltalo: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-090%20de%202023>

Relación de costo-beneficio para determinar el ofrecimiento más favorable



Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva, según el cual la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el “[...] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca [...]”. Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente. Tal disposición fue reglamentada por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015.

Estas disposiciones establecen que en los procesos de selección deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que en consecuencia debe elegirse.

Particularmente, el literal b) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, incorpora el concepto de relación costo – beneficio como criterio para evaluar el ofrecimiento más favorable.

En este contexto normativo surgió la inquietud respecto a la metodología que debe ser utilizada por las entidades para la aplicación y evaluación de la fórmula de la relación “costo beneficio” de cada oferta presentada por los proponentes, teniendo en cuenta la reciente modificación introducida por el Decreto 142 de 2023 al artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015.





La Subdirección de Gestión Contractual en el concepto C-032 de 2023 explicó que, en efecto, con la expedición del Decreto 0142 de 2013 se modificó la reglamentación relativa a la selección de la oferta más favorable, no obstante, las reglas para establecer la relación costo-beneficio siguen manteniéndose tal cual como estaba establecida en el Decreto

1082 de 2015, antes de la expedición del reciente decreto. Esto por cuanto las modificaciones introducidas por el parágrafo primero adicionado al artículo 2.2.1.1.2.2.2., en relación con la aplicación de criterios de ambientales y sociales, aplican únicamente cuando se opte por determinar del ofrecimiento más favorable a partir de la ponderación relación de calidad-precio, más no resultan aplicable cuando se valore la relación costo-beneficio, la cual debe ser dilucidada aplicando los parámetros establecidos en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015.

Cuando se busca establecer el ofrecimiento más favorable en un proceso de selección, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015, para establecer la relación costo – beneficio se deberán seguir los numerales 1, 2, 3 y 4 de dicha norma, de forma taxativa. Los mismos deben ser interpretados por la Entidad Estatal de conformidad con el proyecto que pretende contratar, por lo cual el análisis que requiere cada una de las condiciones establecidas dependerá exclusivamente de las variables de costos y beneficios que la entidad determine frente a su proyecto, lo que le permitirá establecer las reglas de ponderación claras con las que realizara la evaluación del proceso de selección que aperture para contratar el proyecto que pretende adelantar.

Conforme a estos numerales, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y, iv) el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

NORMATIVA:

- Ley 1150 de 2007: Artículo 5.
- Decreto 142 de 2023: Artículo 4.
- Decreto 1082 de 2015: Artículo 2.2.1.1.2.2.2.



DESCRIPTORES y Restrictores:

SELECCIÓN OBJETIVA – Requisitos de ponderación – Asignación de puntaje – Comparación de ofertas / RELACION COSTO BENEFICIO – Concepto – Definición / RELACION COSTO BENEFICIO – Marco legal – Vigencia en la contratación estatal

Consúltalo: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-032%20de%202023>

Restricción para contratar con el Estado parientes de servidores públicos de los niveles directivo, asesor, miembros de la junta o consejo directivo, o personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante



El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado. Las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales deben cumplir con el principio de legalidad, es decir, deben estar tipificadas en la Constitución o la Ley.

Por un lado, el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, establece que: “Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente”. Asimismo, “Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”. Ambas prohibiciones se suman al catálogo del artículo 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993, especialmente, cuando –conforme al literal a) del numeral 1– “Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales [...] Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”, régimen que se extiende también a las entidades exceptuadas del EGCAP en virtud del inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y al régimen de las ESAL de acuerdo al artículo 6 del Decreto 092 de 2017.

Por otro lado, conforme al artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en procedimientos de selección ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva “Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil



con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante”, restricción que también se extiende al cónyuge o compañero permanente con fundamento en el literal c) *ibidem*.

Ahora bien, la Ley 136 de 1994, dicta los principios generales sobre la organización y el funcionamiento de los municipios y en estos, se encuentran taxativamente las inhabilidades e incompatibilidades para la elección del alcalde, de la precitada ley y las restricciones para la elección del personero.

En el anterior contexto surge las dudas abordadas en el concepto C-175 de 2023, en relación con el alcance la restricción prevista en el artículo 8, literal b) del numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

Por un lado, esta Subdirección abordó el alcance la restricción que se viene estudiando y señaló que, de acuerdo con lo explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-429 de 1997, esta restricción protege el principio de moralidad administrativa, ya que “[...] se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa”.

Así las cosas, la restricción aplica a los parientes y al cónyuge o compañero permanente de los servidores públicos de los niveles directivo y asesor. Igualmente, esta inhabilidad aplica a los familiares de los miembros de la junta o consejo directivo, teniendo en cuenta que el artículo 4 de los Decretos 770 y 785 de 2005 dispone que el nivel directivo “Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos”. Igualmente, la Corte Constitucional en la decisión anteriormente citada explica que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos. Además, también aplica a los parientes de las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Por otro lado, estudió el grado de consanguinidad hasta el cual se extiende la prohibición de celebrar contratos estatales, aclarando que, el parentesco por consanguinidad para la prohibición se restringe a los padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos conforme a las definiciones de los artículos 35 y siguientes del Código Civil. Lo anterior, sin que pueda extenderse



del tercer grado de consanguinidad en adelante, ya que no es posible la interpretación extensiva.



NORMATIVA:

- Constitución Política de Colombia: Artículos 150 y 126.
- Ley 80 de 1993. Artículo 8.
- Ley 136 de 1994: Artículos 95, 96, 174 y 175.
- Decretos 770 y 785 de 2005.

DESCRIPTORES y Restrictores:

INHABILIDADES – Definición – Finalidad – Limitación capacidad contractual / CONTRATACIÓN ESTATAL – Capacidad – Validez contratos – Régimen de contratación – Inscripción – Limitación de la capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva

Consúltalo: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/%20C-175%20de%202023>

Remuneración en un contrato de obra modalidad llave en mano



La obra pública es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las Entidades Estatales enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. La definición del contrato de obra pública está prevista en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel celebrado por una Entidad Estatal, cuyo objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Cuando el contratista se obliga a ejecutar la obra desde la fase inicial de diseño y hasta la puesta en marcha, podemos afirmar que se trata de un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano, también denominado contrato de Engineering, Procurement and Construction –EPC–.

En efecto, según la “Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública” expedida por la Agencia, esta es una modalidad en la cual “el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento”. De este modo, resulta claro que el contrato de obra “llave en mano” es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que “el contratista se compromete a llevar a cabo una obra totalmente, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, le permita al contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega”.

Frente a esta tipología contractual surgió la pregunta si es posible establecerse una contraprestación con precio variable o una combinación de precios variables y precios fijos.

El contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano no se agota en la labor constructiva típica, pues incluye tanto la elaboración de los diseños como la puesta en funcionamiento de la obra contratada, lo que justifica que se establezca una contraprestación a un precio global, único y alzado; razón por la cual no es adecuado establecer precios unitarios o una combinación entre estas dos modalidades.

Sobre este punto, la jurisprudencia arbitral se ha pronunciado sobre la invariabilidad de la remuneración al afirmar que: “La obligación global que se deriva de los contratos ‘llave en mano’ para el contratista influye de manera



decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un precio mayor o alzado”². De esta manera, es inherente al contrato de obra en la modalidad llave en mano que se pacte la remuneración del contratista bajo el esquema de suma alzada, no pudiendo ser de otra forma, dado que el proyecto es una universalidad, por lo que el contratista tiene una responsabilidad global respecto a la totalidad de la ejecución.

En efecto, para la aplicación de esta modalidad, la obra “[...] debe estar provista de todo lo que fuere necesario, según las normas técnicas aplicables, para operar en condiciones de eficiencia y seguridad [...]”. Además, “[...] El contrato llave en mano incluye el diseño básico y de detalle, la construcción, la adquisición e instalación de los equipos y sistemas necesarios, la transferencia al propietario de tecnología, las pruebas de funcionamiento previas a la recepción y, en algunos casos, el entrenamiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial [...]”. Estas características especiales del contrato son una solución eficaz para reducir costos de transacción y los plazos en la licitación de obras, pues en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con “errores de diseño” que son una causa normal sobrecostos, aspecto que también explica la imposibilidad de establecer precios variables.

Para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, “En virtud del contrato llave en mano, el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble”³. Asimismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, ha señalado que “dentro de las modalidades que puede adoptar el contrato de obra, se encuentra la de “llave en mano”, negocio jurídico que en términos generales consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte se compromete frente a otra, a cambio de una remuneración, a diseñar, construir y poner en marcha y lista para su funcionamiento una determinada obra”. Igualmente, en la doctrina se concibe como una modalidad de pago del contrato de obra en la que el contratista se compromete a realizar la totalidad de los anteproyectos, proyectos, estudios y diseños de obra requeridos y la ejecución material de las

² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo TA-CCB-20040531 del 31 de mayo de 2004. Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Instituto Nacional de Vías. Consultado el 4 de mayo de 2023 en la página https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21630/738_V_Concesion_Santa_Marta_Paraguachon_VS_Invias_2004_05_31.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

³ Sentencia del 13 de marzo del 2018. Sección cuarta. C.P:Hector J. Romero Díaz. Exp 15009.

obras, instalaciones y suministros.

El contrato de obra previsto en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 puede ejecutarse mediante la modalidad denominada “llave en mano”, en la cual además de la obligación típica de estos contratos de realizar los trabajos materiales sobre el bien inmueble, se incluyen otras prestaciones relacionadas con la elaboración de estudios y diseños, suministros de equipos y todas aquellas necesarias para la puesta en marcha de la obra. Sin embargo, la incorporación de estas actividades no desnaturaliza la condición de obra pública del contrato. En otros términos, la modalidad que se emplee para la ejecución y pago del contrato de obra no determina la naturaleza de este, pues mientras el contrato contemple las actividades definidas en el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tendrá la denominación de obra, aunque incluya otras prestaciones, como es el caso de la modalidad de llave en mano.

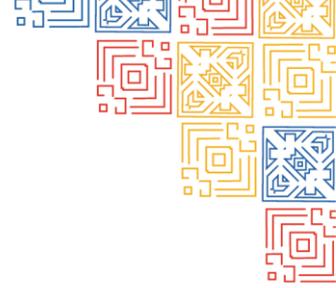
NORMATIVA:

- Ley 80 de 1993: Artículo 32.1

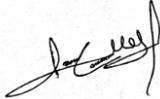
DESCRIPTORES y Restrictores:

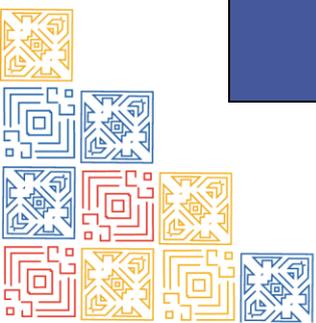
Definición – Estudios Básico de Ingeniería – Ajustes – Posibilidad – Contrato EPC – Definición – Alcance – Remuneración del contratista – Precio global, único y alzado – Precios variables – Imposibilidad

Consúltalo: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-174%20de%202022>



1. IDENTIFICACIÓN Y UBICACIÓN	
Título del documento:	Boletín de Relatoría
Fecha de aprobación:	29/06/2023
Área / Dependencia de autoría:	Subdirección de Gestión Contractual
Resumen / Objetivo de contenido:	Se expide la cuarta versión del Boletín de Relatoría
Código de estandarización:	Formato CCE-EICP-FM-162
Categoría / Tipo de documento:	Formato
Aprobación por:	Nohelia Del Carmen Zawady Palacio - Subdirectora Gestión Contractual
Información adicional:	N.A.
Serie documental según TRD	Boletines
Enlace de ubicación original del documento (especifique donde se aloja o reposa el documento)	https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital

2. AUTORES Y RESPONSABLES DE REVISIÓN Y APROBACIÓN				
ACCIÓN	NOMBRE	CARGO/ PERFIL	FECHA	FIRMA
Elaboró	Julio Cesar Martelo Martelo	Contratista - Subdirección de Gestión Contractual	29/06/2023	
	Olga Isabel Pertuz De La Hoz	Analista T2-02 - Subdirección de Gestión Contractual		
	Oscar David Mórelo Pedroza	Analista T2-02 - Subdirección de Gestión Contractual		
	Hector Luis Quiñones Quiñones	Analista T2-02 - Subdirección de Gestión Contractual		
	Libardo Alberto Verjel De Filippis	Experto G3- 08 - Subdirección de Gestión Contractual		
	Nina María Padrón Ballestas			



	Diana Lucia Saavedra Castañeda	Contratista - Subdirección de Gestión Contractual Contratista - Subdirección de Gestión Contractual		
Revisó	Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo	Gestor código T1grado15 - Subdirección de Gestión Contractual	29/06/2023	
Aprobó	Nohelia Del Carmen Zawady Palacio	Subdirectora Gestión Contractual	29/06/2023	

Nota: Si la aprobación se realizó mediante acta de alguno de los comités internos considerados en la resolución número 173 de 2020 por favor especificar acta y mes del desarrollo de esta.

CONTROL DE CAMBIOS				
VERSION	AJUSTES	FECHA	VERSIÓN VIGENTE	01
01	Se expide la primera versión del Boletín de Relatoría	12/05/2023	Elaboró	-Libardo Alberto Verjel De Filippis -Nina María Padrón Ballestas -Any Alejandra Tovar Castillo -Diana Lucia Saavedra Castañeda
			Revisó	Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo
			Aprobó	Nohelia Del Carmen Zawady Palacio
				Experto G3- 08 - Subdirección de Gestión Contractual Contratistas - Subdirección de Gestión Contractual Gestor código T1grado15 - Subdirección de Gestión Contractual Subdirectora Gestión Contractual

Nota: El control de cambios en el documento, se refiere a cualquier ajuste que se efectúe sobre el documento que describe ficha técnica del presente documento