

## CONTENIDO

### 1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública.

### 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Pólizas de garantía en los contratos estatales

### 3. CONCEPTOS CONTRALORIA

3.1 Cláusulas ineficaces, criterios de experiencia y revocatoria del acto de apertura

3.2 Formalidades en la celebración de los contratos

## 1. NOVEDADES NORMATIVAS

### 1.1. Capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública

El pasado lunes 16 de septiembre la Agencia Nacional de Contratación, dio a conocer la versión 1 de la guía de capacidad residual de contratación la cual será aplicada para los procesos de contratación de obras públicas. La guía cambia de manera parcial el lineamiento de la fórmula que estima la capacidad de contratación de las empresas constructoras.

#### Novedades

La versión 1 involucra nuevas constantes para la determinación de la capacidad basadas en

el análisis del sector de obra civil a la luz de la realidad de las empresas de construcción. Sin embargo la guía establece las mismas variables para determinar la capacidad en concordancia con lo descrito en el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013.

Dentro de los cambios más significativos se encuentran: la determinación de tomar todo el EBITDA para el cálculo, la sumatoria de activos y capital de trabajo que en la versión anterior restaban capacidad; la inclusión de la constante Rc (% de Recursos Propios para la obra) y Rp (% de Recursos propios en contratos en ejecución) para determinar el porcentaje que la entidad contratante solicitará para evaluar la capacidad de contratación, la cual estará en un rango del diez por ciento (10%) al treinta por ciento (30%) y donde el Rp será del veinte por ciento (20%) de acuerdo al análisis del sector; la entidad tendrá la potestad para evaluar en las asociaciones plurales si las capacidades se suman o se ponderan por el porcentaje de participación; en las empresas con menos de dos (2) años de existencia se le pedirá capital de trabajo y para las empresas extranjeras se les requerirá una garantía adicional por el porcentaje Rc del presupuesto oficial.

La estimación de la capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública empezará a regir a partir de enero del 2014

## 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

### 2.1 Pólizas de garantía en los contratos estatales

El pasado 10 de julio, el Consejo de Estado, Sala de lo contenciosos administrativo, sec-

ción tercera, subsección A, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, con el radicado 25000232600020020136201, dio solución a la controversia presentada en torno a las pólizas de garantía en los contratos estatales.

La sala inicia su pronunciamiento realizando un recuento normativo relacionado con las garantías en los contratos celebrados por la administración pública.

Concluye la sala que es una obligación del contratista constituir o prestar garantía respecto de sus obligaciones contractuales, en los contratos de empréstito, interadministrativos, de seguros y en los contratos con un valor inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía

El fin último del contrato de seguro es garantizar el cumplimiento del contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular.

### 3. CONCEPTOS CONTRALORIA

#### 3.1 Cláusulas ineficaces, criterios de experiencia y revocatoria del acto de apertura

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió el concepto 2013EE0073463, en el que da respuesta a la controversia presentada en torno a la revocatoria del acto de apertura

La Contraloría con el fin de resolver la controversia presentada por el Alcalde municipal del Carmen del Darién, divide su concepto en tres secciones cláusulas ineficaces, criterios de experiencia y revocatoria del acto de apertura.

#### Clausulas ineficaces

La Contraloría inicia su pronunciamiento, realizando un recuento normativo y jurisprudencial sobre cuándo son ineficaces las cláusulas de un pliego de condiciones, subrayando que las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan el principio de transparencia serán ineficaces.

#### Criterio de Experiencia

La sala establece que el criterio de experiencia debe ser valorado a través del principio de libre concurrencia que le asiste a los proponentes, dentro del derecho a la igualdad de oportunidades, para lo cual se debe garantizar la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

El principio de libre concurrencia de los oferentes, no se limita por el solo hecho de exigir un mínimo de tiempo de experiencia al proponente como requisito habilitante, pues si la Entidad cuenta con el sustento suficiente que justifique tal limitación, podría ser válida, siempre y cuando tal limitación no se encuentre prohibida en la normatividad aplicable y resulte un requisito objetivo necesario para participar en el proceso específico.

La sala concluye que el criterio de experiencia solo se puede tener en cuenta como un requisito habilitante, con el cual se puede otorgar puntaje, exceptuando la selección de consultores, en cuyo caso se pueden utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo como criterios de ponderación.

#### Revocatoria del acto de apertura

La Contraloría señala que se puede revocar el

acto de apertura según el Decreto 734 de 2012, parágrafo 2 del artículo 2.1.1., en el evento en que se requiera modificar los estudios y documentos previos, que impliquen cambios fundamentales, con el fin de proteger el interés público o social.

### **3.2. Formalidades en la celebración de los contratos**

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió el concepto 2013EE006752, en el que da respuesta a la controversia presentada en torno a las formalidades en la celebración de los contratos.

#### **Competencia**

La sala inicia su pronunciamiento señalando quienes están facultados para celebrar contratos estatales de conformidad con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, concluyendo que la competencia para la celebración de contratos estatales puede ser delegada total o parcialmente sin que en ningún caso queden quienes tenían la competencia inicial exonerados de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

#### **Causales nulidad de los contratos estatales**

La sala señala que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común (objeto ilícito, causa ilícita, omisión de requisitos o formalidades, actos y contratos celebrados con personas absolutamente incapaces) y además, cuando: se celebren con personas incurso en casualidades de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; se celebren contra expresa prohibición constitucional

o legal; se celebren con abuso o desviación de poder; se declaren nulos los actos en que se fundamentan o se hubieran celebrado con desconocimiento sobre el tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras.

Sin embargo realiza la salvedad de que cuando se declare la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, esto no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

#### **Supervisión e interventoría.**

La sala señala las diferencias que existen entre la supervisión y la interventoría, mencionado que por regla general no serán concurrentes en relación con un mismo contrato.

La supervisión la sala la define como el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, ejerce la misma entidad estatal, cuando no se requieren conocimientos especializados, pudiendo para el efecto contratar personal de apoyo mediante contratos de prestación de servicios.

La sala señala que la interventoría consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realiza una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico: [sguerrero@infraestructura.org.co](mailto:sguerrero@infraestructura.org.co)