

CONCEPTO 22623 DE 2018

(abril 30)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: GUSTAVO ADOLFO ARAQUE FERRARO, Director Regional, Regional Cundinamarca, gustavo.araque@sena.edu.co
DE: Coordinador Grupo de Conceptos y consultas jurídicas.
ASUNTO: Panel de expertos para la elaboración de Análisis del Sector.

Respetado Doctor,

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 19 de abril de 2018, Con Rad. 8-2018-020114 nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 19 de abril de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

De manera atenta solicito emitir concepto jurídico con el fin de dar respuesta en derecho a las solicitudes de autorización presentadas por el Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha.

Por lo anterior relato los hechos objeto de la solicitud:

1. Mediante radicado No. 2-2018-000927 del 04 de abril de 2018 del Subdirector del Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha del SENA Regional Cundinamarca solicita la revisión de dos procesos que se pretender adelantar (Mantenimiento Plotter y Servicio logística para aprendices) con el fin de ser autorizados por parte del Despacho Regional Cundinamarca.
2. Dentro de los documentos que el Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha allegan para la solicitud de autorización, se remite documentos tales como Estudio Previo, estudio de mercado, análisis del sector, cuadro comparativo de precios unitarios, entre otros documentos pertinentes para realzar la respectiva revisión al proceso que pretende adelantar el Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha.

En el estudio de mercado y cuadro comparativo de precios unitarios se identifica que para determinar el valor estimado del contrato se ha recurrido a dos cotizaciones y al “precio del

experto” a quien hacen referencia como líder del área, finalmente al promediar estos tres valores da como resultado el valor estimado del contrato.

3. Mediante formato de observaciones realizado por el Despacho Regional Cundinamarca, se solicita las siguientes aclaraciones al Centro de Formación en cuanto al término del precio del experto. “..a qué hacen referencia con precio experto, mencionar dentro del estudio previo por qué este es considerado como tal (experto), de igual manera relacionar bajo que normatividad y sustento legal se utiliza esta figura, mencionar de dónde surge el valor que proporciona el experto.. ”

5. El Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha justifica: “... que el precio del experto se encuentra establecido dentro del manual de contratación administrativa numeral 3.2.5 que establece: en la determinación de los precios de mercado se pueden incluir algunas de las siguientes metodologías: cotizaciones, consultas de página web especializadas, indexación de precios históricos, contrataciones realizadas en el mismo periodo, precios regulados, panel de expertos”.

Por lo anterior solicito conceptuar frente a la respuesta que se le debe emitir al centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha teniendo en cuenta:

1. Que dentro del manual de contratación administrativa numeral 3.2.5 menciona que para determinar el valor estimado del contrato se pueden incluir metodologías tales como panel de expertos.
2. Cuando se menciona Panel de Expertos a qué se hace referencia y cuál es la manera adecuada para implementar en el momento de estimar el valor total de un contrato
3. Que el Centro de Formación únicamente relaciona “precio experto” y no se justifica de dónde surge el valor y se argumenta que es líder de área, que tiene conocimiento sobre lo que se pretende contratar y es este quien determina el valor.
4. En este caso es procedente la manera en que el Centro de Formación está determinando el valor estimado del contrato, cuál sería el procedimiento para determinar el valor estimado del contrato por medio de la metodología que menciona el numeral 3.2.5 (panel de expertos) ?

Anexos:

- Solicitud autorizaciones mediante radicado No. 2-2018-000927, proceso servicio logística aprendices donde se refleja la utilización de “precio experto” dentro del cuadro comparativo de precios unitarios (Pag.17) y Numeral 5 de los Estudios previos (Pag. 33)

- Solicitud autorizaciones mediante radicado No. 2-2018-000927, proceso mantenimiento plotter donde se refleja la utilización de “precio experto” dentro del cuadro comparativo de precios unitarios (Pag.13) y Numeral 3 de los Estudios previos (Pag. 18)

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

Con el fin de dar respuesta a su solicitud, nos permitimos realizar algunas consideraciones jurídicas sobre la forma de determinar el presupuesto estimado de una contratación y el posible

valor del contrato, para lo cual debemos hacer referencia en primera medida al Análisis del Sector.

1. Análisis de Sector:

El Estatuto General de Contratación de la Administración pública, fue reglamentado a través del Decreto Nacional 1082 de 2015, el cual en su artículo [2.2.1.1.1.6.1](#) establece el deber de las entidades estatales de realizar, durante la etapa de planeación, un análisis sobre el sector del bien o servicio a adquirir, con el fin de estructurar el proceso contractual con datos reales del mercado, y dentro de ello estructurar el valor. Al respecto nos permitimos citar el artículo:

Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis Riesgo. Entidad Estatal debe dejar constancia de análisis en los Documentos del Proceso

Con el fin de dar directrices al respecto La Procuraduría General de la Nación, elaboró una Guía sobre cómo desarrollar la fase de planeación, y dentro de la cual hizo referencia a la elaboración del Estudio del Sector y del Estudio del mercado otorgando las siguientes directrices:

El estudio de precios de mercado, que se lleva a cabo una vez elaborado el estudio técnico, permite establecer el presupuesto oficial de la contratación.

Comprende la realización de un análisis de los diferentes precios de los bienes o servicios a contratar que se registran en el mercado, que pueden ser consultados a través de mecanismos como:

- a. Solicitud de cotizaciones.
- b. Consulta de bases de datos especializadas.
- c. Análisis de consumos y precios históricos. Asimismo, involucra el análisis de las variables consideradas para calcular el presupuesto oficial o precio del contrato.

Para la elaboración del estudio de precios de mercado se efectúan las siguientes recomendaciones:

- a. Cuando se emplee la modalidad de solicitud de cotizaciones, las mismas se deben requerir remitiendo a los interesados toda la información básica del contrato a suscribir, con el fin de que proyecten el valor del servicio o del bien correspondiente. Por lo expuesto, se deberán señalar en la comunicación respectiva los gastos que deberá asumir el contratista (constitución de garantía única, impuestos, transporte, publicación, etc.) y la forma de pago prevista para el futuro contrato, toda vez que esta información incide directamente en el precio ofrecido.

[...]

Las cotizaciones se deberán solicitar a interesados que tengan condiciones de producción (capacidad económica, financiera, técnica y de experiencia) similares, con el fin de que realmente se obtenga un precio de mercado.

Para ilustrar esta afirmación basta con verificar los precios que sobre un bien de la canasta familiar puede ofrecer un tendero de barrio, un mayorista o un supermercado. Asimismo, se debe

verificar la ocurrencia de circunstancias que distorsionan los precios del mercado, como ofertas especiales de almacenes de cadena, fenómenos de escasez o abundancia del producto, etc.

b. Cuando por las condiciones del mercado del bien o servicio a contratar se requiera la revisión de bases de datos, el responsable deberá dejar constancia de las consultas realizadas y de los precios que soportan su estudio. Las bases de datos consultadas deben ser especializadas y representativas en el mercado del bien o servicio a contratar.

c. Para emplear el mecanismo de análisis de precios históricos se debe verificar la variación de los mismos derivados del índice de precios al consumidor en cada año, examinando si se han presentado fenómenos económicos que hayan implicado fluctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio. Las características del bien o servicio deben ser las mismas entre una contratación y otra.⁽¹⁾

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, como Agencia Nacional de Contratación expidió la Guía para la Elaboración de Análisis del Sector, establece:

El alcance del estudio de sector debe ser proporcionado al valor del Proceso de Contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y a los Riesgos identificados para el Proceso de Contratación.

A. Aspectos generales:

Económico: Análisis de datos de: (i) productos incluidos dentro del sector; (ii) agentes que componen el sector; (iii) gremios y asociaciones que participan en el sector; (iv) cifras totales de ventas; (v) perspectivas de crecimiento, inversión y ventas; (v) variables económicas que afectan el sector como inflación, variación del SMMLV y la tasa de cambio; (vi) cadena de producción y distribución; (vii) materias primas necesarias para la producción y la variación de sus precios; y (viii) dinámica de importaciones, exportaciones y contrabando, en caso de que aplique

Técnico: Las condiciones técnicas y tecnológicas del objeto del Proceso de Contratación, incluyendo el estado de la innovación y desarrollo técnico que permite crear nuevos productos y oportunidades de mercado y las nuevas tendencias como: (i) cambios tecnológicos, (ii) amplitud de la oferta de características de los productos; (iii) especificaciones de calidad; (iv) condiciones especiales para la entrega (cadenas de frío, sistemas de vigilancia, etc.) y (v) tiempos de entrega.

Regulatorio: La Entidad Estatal debe identificar la regulación aplicable al objeto del Proceso de Contratación, tanto la que influye en el mercado del bien, obra o servicio, como la que regula la actividad de los proveedores y compradores de manera particular, incluyendo regulaciones de mercado, de precios, ambientales, tributarias y de cualquier otro tipo, así como las modificaciones recientes a tales regulaciones y el impacto en su aplicación. También debe estudiar si en el sector hay Normas Técnicas Colombianas, acuerdos o normas internacionales aplicables y autoridades regulatorias o de vigilancia. Otros: La Entidad Estatal debe establecer otros contextos como ambiental, social, político u otro si es conveniente y relevante para conocer el sector⁽²⁾.

Adicional a las anteriores reflexiones, la Agencia de Contratación sugiere realizarse preguntas como ¿Quién vende? O ¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios? Lo cual permitiría determinar el valor del producto.

Finalmente, respecto al estudio de la demanda, se sugiere por parte de Colombia Compra Eficiente ¿Cómo ha adquirido la Entidad Estatal en el pasado este bien, obra o servicio? ¿Cómo

adquieren las Entidades Estatales y las empresas privadas este bien, obra o servicio? Que tienen como finalidad analizar el comportamiento de sus adquisiciones anteriores del bien, obra o servicio, verificar y analizar los Procesos de Contratación de Entidades Estatales que han adquirido en el pasado el bien, obra o servicio para extraer las mejores prácticas e información pertinente para el Proceso de Contratación

Ahora bien, respecto de lo contenido en el Manual de Contratación de la Entidad, se observa que allí se otorgaron varias herramientas al operador para determinar el precio, con el fin de que se haga uso de varias de ellas y no se determine el valor de la contratación con la consulta de una cotización, pues ello podría conllevar serios errores en la planeación del proceso contractual.

2. Panel de Experto:

Tal como lo identifica el consultante, dentro del Manual de Contratación se hace referencia al panel de experto en los siguientes términos:

3.2.5 Valor estimado del contrato:

[...]

En la determinación de los precios de mercado se pueden incluir algunas de las siguientes metodologías: cotizaciones, consulta de páginas web especializadas, indexación de precios históricos, contrataciones realizadas en el mismo periodo, precios regulados, panel de expertos, etc⁽³⁾.

En este orden de ideas, debe advertirse que el panel de expertos es una figura que suele usarse para la solución de controversias, sin remplazar un mecanismo alternativo de solución de controversias, durante la ejecución de los contratos, comúnmente llamada dispute boards. Estos tienen como fin determinar desde la perspectiva técnica, exclusivamente, cual es la salida más viable y de esta manera evitar la suspensión y dilación de la ejecución contractual. Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre esta figura señalando:

Los paneles de expertos, también conocidos como dispute boards, son mecanismos contractuales establecidos con base en la autonomía de la voluntad de las partes para administrar los derechos y obligaciones resultantes de un contrato. De esa forma, las partes del contrato estatal pueden establecer este tipo de mecanismos conforme a lo previsto por el numeral 5 del artículo 25 y los artículos 13, 40 y 68 de la Ley 80 de 1993, especialmente en contratos de largo plazo, con activos específicos y sujetos a incertidumbre sobre las condiciones económicas de las prestaciones mutuas

[...]

Los paneles de expertos también pueden ser establecidos en el contrato para: (i) recomendar cómo resolver un problema jurídico, técnico o económico; o, (ii) decidir sobre diferencias técnicas, jurídicas o económicas relacionadas con el contrato; y el efecto de estas decisiones puede ser o no vinculante, de acuerdo con lo que establezcan las Partes de común acuerdo⁽⁴⁾.

Como se observa esta figura es usualmente usada dentro de la fase de ejecución del contrato como medio para resolver o evitar conflictos de orden técnico y no durante la fase de planeación como lo propone el Manual de Contratación de la Entidad. No obstante lo anterior, y en aras de dar un efecto útil a dicha disposición del Manual de contratación se entiende que estos expertos

podrán colaborar a la determinación de los precios a través de consultas que haga la entidad.

En cuanto a su utilización debe advertirse entonces que sobre ella recaerán los principios de la administración pública y la Contratación estatal, resaltando entre ellos el principio de imparcialidad, de manera que, si bien si es viable consultar un Panel de Expertos para la determinación de precios éste deberá ser imparcial, no teniendo relación directa con el proceso de contratación o alguno de sus proponentes. Adicionalmente, deberá dejarse constancia en el análisis del sector del experto de los miembros del panel para que su opinión técnica tenga validez.

c) CONSULTA

Respecto a su consulta y en atención a las anteriores consideraciones nos permitimos aclarar que:

Es jurídicamente viable consultar un panel de expertos para la determinación de precios de un proceso de contratación como una de las varias herramientas que deben usarse para determinar el valor del contrato, y no como herramienta única.

Ahora bien, si la entidad decide hacer uso de éste, tendrá una carga argumentativa adicional que deberá incluirse en el Análisis del Sector, correspondiente a la acreditación como experto de las personas consultadas y su imparcialidad sobre el proceso de contratación. Lo cual también permite aclarar que el panel de experto no podrá ser conformado por servidores públicos o contratistas de la entidad.

Adicionalmente se aclara que si la consulta al panel de expertos genera alguna erogación para la entidad, ésta deberá adelantarse a través del respectivo proceso de contratación y solo será viable para contratos que por su alta complejidad técnica no sea posible estructurar el proceso internamente por la entidad.

Finalmente se recomienda hacer uso de las guías para la elaboración del análisis del sector y estudio de mercado de las autoridades competentes como lo son la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente y La Procuraduría General de la Nación, previamente citadas en la parte considerativa del presente concepto jurídico.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Recomendaciones Para La Elaboración De Estudios Previos Aplicación Del Principio De Planeación En La Contratación De Las Entidades Públicas. Procuraduría General De La Nación. 2010.

2. Colombia Compra Eficiente. Guía para la Elaboración del Análisis del Sector.

3. SENA. Manual de Contratación

4. Colombia Compra Eficiente. Concepto Jurídico Rad. 415130007161



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

