

CONCEPTO 63349 DE 2018

(octubre 26)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: Coordinador Grupo de Conceptos y Consultas Jurídicas
ASUNTO: Contratación obra de instalación

Respetado Doctor XXXXX,

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 03 de octubre de 2018, Rad. 8-2018-057871, 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 03 de octubre de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

En el Centro de Biotecnología Industrial SENA, se ejecuta el contrato de obra C.B.I. xx de xxx, cuyo objeto es los estudios técnicos, diseño y construcción de la sede Centro de Biotecnología Industrial, en la ciudad de Palmira-departamento de Valle del Cauca.

La obra requiere de la instalación de un transformador con su respectivo sistema de medición indirecta, contador de medida y acometidas hasta un tablero de distribución, ya que las existentes se encuentran lejanas de donde se construye la obra. La empresa de servicios eléctricos EPSA, presta este servicio entregando estos elementos instalados y validados para su correcto funcionamiento.

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta que esta instalación genera un costo elevado, acudo a su valiosa orientación respecto a la viabilidad de contratar con dicha empresa este servicio, y que el pago lo realicemos en cuotas mensuales reflejadas en el recibo de servicio público a un tiempo promedio de 36 meses.

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

b) ANÁLISIS JURÍDICO

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ESTRUCTURACIÓN DE CONTRATOS Y CONVENIOS.

Es de precisar de entrada que las entidades estatales, de conformidad con el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, podrán celebrar todo tipo de contratos permitidos en la ley y la autonomía de la voluntad que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales, para lo cual, es de resaltar que el artículo [13](#) de la misma, dispone que a los contratos estatales se aplicarán las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993 y a falta de regulación en ésta, las disposiciones comerciales y civiles.

Siendo así, el artículo [40](#) de Ley 80 de 1993, dispone:

Artículo [40](#)o.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley. (...) “(Negrita fuera de texto original)

En efecto, las entidades estatales podrán celebrar todos los contratos a que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad^[1] y podrán incluirse las modalidades, condiciones, y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración^[2].

PACTA SUNT SERVANDA

Derivado del principio de autonomía de la Voluntad, y entendiendo que las partes en un acuerdo se obligan de manera libre y consiente, desde antaño se estableció como principio rector del derecho el principio de Pacta Sunt Servada, según el cual el contrato es ley para las partes.

El Art. [1602](#) del Código Civil Colombiano, establece el principio Pacta Sunt Servanda o el Contrato es ley para las partes, al siguiente tenor:

ARTICULO [1602](#). LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Ello quiere decir, que las partes en virtud de un contrato debidamente celebrado están obligadas a cumplir las obligaciones a las que se comprometieron en los términos contractualmente pactados, y de exigir asimismo tan solo lo pactado, evitando llevar a la parte co-contratante a situaciones

de prestaciones extracontractuales y más aún si las mismas no tendrán reconocimientos adicionales.

De manera tal, que si alguna de las partes incumple lo pactado dentro del acuerdo contractual, incurriré en un incumplimiento contractual con las debidas consecuencias que ello acarrea; por otra parte, cada una de las partes sólo está legitimada a exigir de la otra el cumplimiento de lo que expresamente esta se obligó, so pena de que deba reconocer pagos adicionales por prestaciones extracontractuales.

Finalmente, vale resaltar que dicho cumplimiento se caracteriza por exigir un comportamiento acorde con el principio de Buena Fe, que, de acuerdo con la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, será no sólo exigible un actuar en creencia de que se está actuando de manera acorde a derecho, sino será requerido a cada una de las partes una Buena Fe Objetiva.

MODALIDADES DE SELECCIÓN

La Ley [80](#) de 1993, la Ley [1150](#) de 2007 y la Ley [1474](#) de 2011 establecieron 5 modalidades de selección de contratistas, las cuales son procedimientos reglados para la adquisición de bienes, servicios y obras para la administración pública. Las 5 modalidades de selección corresponden a Licitación pública, Selección Abreviada con sus cuatro procedimientos (menor cuantía, subasta inversa, bolsa de productos, acuerdo marco), Concurso de Méritos, Mínima Cuantía y Contratación Directa.

Cada una de las anteriores modalidades tiene unas condiciones particulares para ser procedente. De acuerdo con la Ley [1150](#) las causales son las siguientes.

1. Por regla general es procedente el procedimiento de licitación pública aplica cuando por su cuantía y objeto, la contratación no deba adelantarse por otra modalidad de selección.
2. La selección abreviada procede para la contratación de bienes y servicios por sus características y cuantía. Nos permitimos enlistar a continuación las causales de procedencia:
 - a. Para la contratación de Bienes y Servicios de Características técnicas uniformes y de Común utilización –BCTUCU-
 - b. La contratación de bienes y servicios de menor cuantía
 - c. La celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.
 - d. La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto
 - e. La enajenación de bienes del Estado
 - f. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas
 - g. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta
 - h. Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida

civil de personas y grupos al margen de la ley

i. La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Como se advirtió con anterioridad, esta modalidad consta de 4 procedimientos: el procedimiento de subasta inversa, de acuerdo marco de precios, la adquisición a través de bolsa de productos, y la menor cuantía. Los primeros 3 procedimientos (subasta inversa, acuerdo marco y bolsa de productos) deben ser adelantados cuando la causal corresponde a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Respecto al resto de causales, deberá adelantarse el procedimiento de menor cuantía.

3. El concurso de méritos por su parte es procedente para la contratación de consultores e interventores de proyectos de infraestructura y arquitectura. Esta modalidad debe adelantarse cuando el objeto de la contratación encuadra taxativamente en una de las causales establecidas en el numeral 3 del artículo [2](#) de la Ley 1150.

4. La contratación directa es una modalidad de contratación restringida, es decir solo aplica para las causales explícitamente señaladas en la ley, de manera que no puede darse interpretaciones extensivas a dichas causales. A continuación nos permitimos enlistarlas:

a. Urgencia manifiesta;

b. Contratación de empréstitos;

c. Contratos interadministrativos

d. La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e. Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f. Los contratos de encargo fiduciario

g. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i. El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j. La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI)

5. Finalmente, la última modalidad de contratación es la Mínima Cuantía. Esta modalidad es procedente solamente cuando la cuantía de la contratación corresponde al 10% de la menor cuantía de la entidad.

Ahora bien, es importante analizar las causales de contratación directa en la medida que dentro de la consulta, el supuesto de contratación de la empresa de electricidad implicaría una selección directa del proponente.

MODALIDAD DE SELECCIÓN: Contratación Directa.

La contratación directa es una modalidad de selección prevista dentro del Estatuto General de

contratación de la Administración Pública, la cual se caracteriza por ser procedente de manera excepcional cuando se materializa alguna de las causales contempladas en la normativa.

Esta modalidad de contratación, a pesar de que no cuenta con un concurso de propuestas como las demás modalidades, debe garantizar una selección acorde con los principios de selección objetiva, igualdad, transparencia, publicidad y demás principios de la contratación pública. Puntualmente, como puede observarse, el objeto de instalación y puesta en funcionamiento de un transformador eléctrico como objeto contractual, no encuadra ninguna de las causales, de manera que toca proceder a analizar si las características del proveedor podrían configurar la causal de proveedor exclusivo (literal g, numeral 4, artículo [2](#) Ley 1150 de 2007).

Respecto de la causal – proveedor exclusivo- señalamos que ésta fue definida en el Decreto [1082](#) de 2015, de acuerdo con el cual se considera que no existe pluralidad de oferente cuando solamente una persona (natural o jurídica) puede proveer el bien o servicio, nos permitimos citar:

Artículo [2.2.1.2.1.4.8](#). Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación.

Tal como puede evidenciarse de la lectura de la citada normativa, ésta hace referencia a que existan razones de hecho o de derecho que tengan como consecuencia que una sola persona natural o jurídica pueda proveer el bien o servicio para satisfacer la necesidad de la entidad. Dentro de las razones de orden jurídico suele identificarse la titularidad de derechos de propiedad industrial o derechos de autor, es decir que la persona a contratar tenga registro de derechos de propiedad intelectual (industrial o de autor) sobre un bien o producto que requiera la entidad y que sea el único con el que se satisface la necesidad.

Ahora bien, la consulta constante es cómo determinar la existencia de dicha situación fáctica y jurídica que conlleve a un proponente exclusivo. La normativa señala que la circunstancia que acredita la condición de proponente o proveedor exclusivo debe constatar dentro del estudio previo de la contratación, de manera que traslada a la entidad, dentro de su ejercicio de planeación y elaboración del estudio del mercado la carga de ver qué soluciones a la necesidad ofrece el mercado y quién ofrece dichas necesidades. Si a estas dos últimas preguntas la respuesta lleva a que solo hay un producto y un solo proponente se estará ante el escenario de proveedor exclusivo.

Al respecto del tema, el Departamento Nacional de Planeación se pronunció en su oportunidad, señalando:

“De esta forma, cuando se desee contratar directamente haciendo uso de la causal prevista en el literal (g) del numeral 4 del artículo [2](#) de la Ley 1150 de 2007, referida a la inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado, cada entidad en sus estudios previos deberá cumplir de forma general con las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en forma particular con los artículos 3 y 81 del Decreto 2474 de 2008. [Norma derogada, hoy Decreto [1082](#) de 2015]

Así, la entidad respectiva deberá comprobar por medios idóneos que en el mercado no existen más oferentes del bien o servicio que se quiere adquirir, lo cual deberá constatar en los estudios previos del respectivo proceso contractual, los cuales deben contener los fundamentos

jurídicos que soportan la modalidad de selección.”^[3] (negritas fuera de texto original)

Por su parte, la Doctrina reconocida en la materia señaló:

“Si hay certeza que el bien, servicio u obra que la entidad requiere solo puede ser realizado por una persona que existe en el mercado, no hay necesidad de convocar proceso de selección que se sabe de antemano serán inoficiosos.

[...]

La identificación acerca de la inexistencia de más de un proponente es el resultado de los estudios y análisis que debe efectuar la entidad durante la fase previa o preparatoria, tal como de manera expresa lo reconoce dicha norma”

Como puede resaltarse de las anteriores citas, son reiterativos los pronunciamientos que señalan que la determinación de las condiciones del mercado debe ser la fuente para que la entidad pueda concluir si está ante un escenario ausencia de pluralidad de oferentes, o si por el contrario, hay diversas formas de satisfacer la necesidad o diferentes proponentes en el mercado de manera que pueda adelantarse otra modalidad de selección.

En cuanto a la condición de ser titular de derechos de propiedad industrial o derechos de autor, vale la pena aclarar que la exclusiva existencia de un certificado de registro, ya sea ante la Superintendencia de Industria y Comercio o ante el Dirección Nacional de Derechos de Autor, no es razón suficiente para que la entidad justifique el cumplimiento de la causal de proveedor exclusivo y sea procedente la contratación directa, pues es necesario evidenciar que la solución técnica patentada o registrada no tenga sustitutos en el mercado que cumplan con la misma función y puedan satisfacer la necesidad de la entidad.

El Dr. Gonzalo Suarez, en su libro La nueva Contratación Pública en Colombia, señaló lo siguiente al respecto:

“La ausencia de pluralidad de oferentes puede estar dada por dos circunstancias específicas en las que se presume tal circunstancia: [...], y por el otro, por la existencia de una sola persona que pueda proveer el bien o servicio ya sea porque es titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre los mismos o por ostentar la calidad de proveedor único.

(...)

En cuanto hace a la condición de distribuidor exclusivo, ella será admisible en tanto y en cuanto no se oponga a las normas que protegen el derecho a la competencia. En tal caso bastará con acreditar tal circunstancia, siempre que, desde luego, el estudio previo del proceso de que se trate evidencie la necesidad de contratar específicamente ese producto y la imposibilidad de contar con sustitutos en el mercado para el efecto.^[4]”.

En cuanto a la definición de sustituto, me permito citar la Real Academia de la Lengua española según la cual, sustituto hace referencia a:

Sustituto, ta

Tb. substituto.

Del part. irreg. de sustituir; lat. substitūtus.

1. m. y f. Persona que hace las veces de otra. U. t. c. adj.

Así las cosas, se evidencia que para aplicar esta causal de contratación directa, la empresa proveedora de servicios debería ser la única en el mercado que pueda ejecutar el objeto contractual.

CONSULTAS

Respecto las consultas realizadas y de acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas, nos permitimos recordar que esta coordinación no cuenta con competencia para resolver casos particulares y concretos, no obstante, nos permitimos indicar que antes de proceder a la celebración de cualquier contrato adicional en relación con el transformador es necesario evidenciar si esta era o no obligación del contratista de diseños y obra de la infraestructura, en razón a que si sí era obligación de dicho contratista deberá requerirse el cumplimiento y en caso de incumplimiento definitivo adelantar el proceso sancionatorio contractual correspondiente.

Ahora bien, si no era parte del contrato de obra celebrado será necesario adelantar un proceso contractual público para recibir ofertas sobre la contratación de venta, instalación y puesta en funcionamiento del transformador, de manera que solo podrá contratarse directamente con la empresa de servicios que menciona el consultante cuando frente a esta proceda una causal de contratación directa claramente demostrada en los estudios previos.

En cuanto a los pagos diferidos, se advierte que la entidad cuenta con autonomía en la estructuración de sus negocios jurídicos, no obstante el pago de los bienes o servicios adquiridos por la entidad deberá responder a un análisis de conveniencia. Sin embargo debe respetar la prohibición de no realizar pagos anticipados ni anticipos de un porcentaje mayor al 50% del valor el contrato.

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

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Congreso de la Republica, Ley 80 de 1993, Artículo [32](#).
2. Contraloría General de la Republica, Concepto jurídico 80112- EE33529. Contrato de prestación de servicios – honorarios fijados por cuota Litis. 12 de mayo de 2011.
3. Departamento Nacional De Planeación. Concepto 20118010595961 de 25 de octubre de 2011.
4. Suárez Beltrán, Gonzalo. La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la

Ley [1150](#) de 2007 y su reglamentación. Bogotá: Legis 2009. Pág. 406



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)

