



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 1 de 8

Bogotá D. C., Octubre 24 de 2012.

CONCEPTO No. 045 -2012 OJ

PARA: CLAUDIA ISABEL NIÑO IZQUIERSO

Secretaria General

DE: LUZ MARY RINCÓN ROMERO

Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: CONSULTA JURÍDICA DERECHO DE PETICIÓN BOG- 2012-027480

Hemos recibido su consulta con memo de fecha 2 de Octubre de 2012, en la cual solicita concepto jurídico del asunto de la referencia, teniendo en cuenta lo manifestado por el contratista Soluciones Integrales de Oficina en el escrito radicado el 2 de Octubre de 2012, éste último documento con BOG-2012-027480. Por lo anterior, se procede en los términos del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2012 a emitir el siguiente concepto jurídico:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el presente caso, se suscitan dos (2) problemas jurídicos a resolver, así:

1. ¿Es viable establecer como requisito de un contrato enviado dentro de un proceso de selección abreviada la constitución de fideicomiso o patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, cuando se suscribe una póliza de garantía que cubre el anticipo entregado en un 100%?

II. ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 609 del 1 de junio de 2012, que ordenó la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 019 SG 2012, cuyo objeto fue Renovación de acabados y mobiliario para el séptimo piso de la sede central Bogotá. Etapa Ii y se

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Conmutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia

5:00pm
24 OCT 2012
3 Carpeta



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 2 de 8

publicaron los pliegos de condiciones en los cuales se establecieron como condiciones las que siguen:

PARTE F DE DATOS Numeral 10:

10 Forma de pago: La forma de pago del contrato es: El Instituto le pagará al oferente favorecido en la ciudad de Bogotá D.C. a través del Grupo Nacional de Gestión de Tesorería de la Entidad, previo cumplimiento de las directrices del Ministerio de Hacienda y crédito público (SIIF) así

- a) El 30% sobre el valor inicial del contrato como anticipo previa aprobación de la garantía única por parte del instituto el cual será consignado en una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable que constituya el contratista dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la aprobación de la garantía única.
- b) El 70% del valor del contrato, se cancelará contra la presentación de actas mensuales de recibo parcial de obra por cantidad de obra ejecutada previa amortización del anticipo, la cual deberá ser suscrita entre el contratista y el delegado para el control y vigilancia de la Entidad, previo cumplimiento de los requisitos administrativos, fiscales y parafiscales.

Adelantados los trámites de ley y de conformidad con la Ley 80 de 1993, sus modificatorios y aclaratorios se adjudicó el proceso mediante Resolución No. 758 de 2012 al oferente SOLUCIONES INTEGRALES DE OFICINA S.A.S por valor de DOSCIENTOS TRECE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTI UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORREINETE (\$213.821.680) valor que incluye IVA y todos los costos directos e indirectos que generen la celebración, ejecución y liquidación del contrato, esto conforme a lo establecido en la cláusula tercera del contrato 170 SG 2012, suscrito el 5 de julio de 2012.

Así mismo, en el numeral 12 de la parte F DE DATOS dentro de otras se estableció como garantía única de cumplimiento la cobertura del Buen manejo y correcta inversión del

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Commutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 3 de 8

anticipo, el cual correspondió a 100% del valor del anticipo con vigencia durante el plazo de ejecución y cuatro (4) meses más.

Finalmente se suscribió el contrato No. 170 SG 2012 en el cual se pactó como forma de pago en la cláusula quinta lo siguiente:

"FORMA DE PAGO: El Instituto pagará al CONTRATISTA a través del grupo Nacional de Gestión de Tesorería del INSTITUTO en Bogotá D.C. de acuerdo con las directrices establecidas por el Ministerio de Hacienda y crédito público (SIIF) así: **a)** El 30% sobre el valor inicial del contrato como anticipo previa aprobación de la garantía única por parte del instituto el cual será consignado en una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable que informe el CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la aprobación de la garantía única. **b)** El 70% del valor del contrato, se cancelará contra la presentación de actas mensuales de recibo parcial de obra por cantidad de obra ejecutada previa amortización del anticipo, la cual deberá ser suscrita entre el CONTRATISTA y el funcionario delegado para ejercer la supervisión del contrato por parte del Instituto, previo cumplimiento de los requisitos administrativos, fiscales y parafiscales".

III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROBLEMA PLANTEADO.

1º. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus decretos reglamentarios, establecieron de los pliegos de condiciones lo siguiente:

..."LEY 80 DE 1993. ARTÍCULO 5 (DEROGADO POR EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 1150 DE 2007). En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
 - b) (Literal CONDICIONALMENTE exequible - Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso.
 - c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
 - d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
 - e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- (...)..."(Negrita y subraya fuera del texto)

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Conmutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 4 de 8

...“DECRETO 0734 DE 2012. ARTÍCULO 2.2.3. CONTENIDO MÍNIMO DEL PLIEGO DE CONDICIONES. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.
2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.
3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

De una lectura integral de las normas arriba referenciadas, se puede colegir que tanto los estudios previos como los pliegos de condiciones de un proceso de selección son actos administrativos que revisten carácter general (por cuanto está dirigido a un número indeterminado de personas que reúnan los requisitos que se señalan en el mismo), que es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a los cuales hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, durante el proceso de selección, adjudicación y ejecución del contrato.

Al respecto el H. Consejo de Estado dispuso:

“Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como “la ley del contrato”. Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos “la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley” (Art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el Art. 30-2 Ley 80 de 1993). Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del

“Servicio Forense Efectivo”

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Conmutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 5 de 8

contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes".¹

Ahora bien, el contenido de los contratos regidos por el Estatuto General de contratación de la Administración Pública de forma general se encuentra reglamentado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que:

"Artículo 40. 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.

¹ Radicación número: 10399 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil (2000).

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Conmutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 6 de 8

"PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

En este orden de ideas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y el principio de la buena fe contractual – previa determinación por parte de la entidad en los estudios previos del respectivo proceso contractual de incluir las cláusulas que en atención al objeto contractual y el cumplimiento de los fines del Estado se hagan necesarias para garantizar la eficiente, continua y permanente prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no contraríen la Constitución, las leyes, las disposiciones reglamentarias, así como los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los de la Buena Administración, según lo dispuesto en el artículo 40 Ley 80 de 1993².

En virtud de lo anterior, el anticipo es la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, es decir, es la financiación por la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar. Su monto sigue perteneciendo a la entidad estatal. ***En este sentido, tiene carácter de dinero público y se encuentra afecto al desarrollo de las actividades propias del objeto contractual.***

Así, el anticipo es una suma que se estipula en aquellos contratos que por su naturaleza lo requieran, como lo es el contrato de obra, toda vez que el contratista para dar inicio al desarrollo del objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen por ejemplo.

Ahora bien, de otra parte y conforme a lo establecido en el numeral 5.1.4 del Decreto 0734 de 2012 se estableció los riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento y dentro de

² Concepto Programa de Renovación de la Administración Pública Departamento Nacional de Planeación



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 7 de 8

ellos en el numeral 5.1.4.2.1 la ley definió la cobertura en el buen manejo y correcta inversión del anticipo para todas aquellos casos en que la administración considere viable establecer como fórmula de pago un anticipo que como ya se dijo no puede ser superior al 50% del valor del contrato, así mismo, definió la suficiencia de la garantía en un equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o especie para la adjudicación del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato numeral 5.1.7.2 ibídem, por lo tanto, esta es la mínima condición que exige la norma frente a los anticipos pactados en los procesos de selección que adelanten las administraciones.

Respecto a lo definido por el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, y que a su tenor literal dispone: *"En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía...El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista"*. Esta norma define los lineamientos mínimos y no es una camisa de fuerza, cuando las entidades del Estado consideran necesario manejar los anticipos a través de la Fiducia, es decir, lo establece como obligación en los casos de licitación pública, pero ello no quiere decir que limite a la administración para que use tal figura comercial en pro de los garantizar los recursos del erario publico.

IV.CONCLUSIONES DE LA OFICINA JURÍDICA

1º. Como ya quedó sustentado, tanto en la Ley como en los Decretos reglamentarios de la contratación Estatal, los estudios previos, los pliegos de condiciones son documentos soportes del proceso de selección que se lleve a cabo y hacen parte integral del contrato, que suscribió ya el contratista.

2º. Una vez revisado los estudios previos para la...*"RENOVACIÓN DE ACABADOS Y MOBILIARIO PARA EL SÉPTIMO PISO DE LA SEDE CENTRAL BOGOTÁ – ETAPA II"*...,

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Conmutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Jurídica

Página 8 de 8

publicados dentro del proceso de selección abreviada de Menor Cuantía No. 019-SG-2012 en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, documento el cual hace parte integral del "CONTRATO No. 170-SG-2012" celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES y SOLUCIONES INTEGRALES DE OFICINA el 5 de julio de 2012, ésta Oficina jurídica considera que el manejo del anticipo mediante fiducia fue aprobada por el contratista desde el momento en que presentó oferta, pues tal requisito hizo parte desde la apertura del proceso de selección y no se dio obligación por parte del mismo ni de ningún otro, respecto a su obligatoriedad o costos.

3°. El estatuto de Contratación Estatal ni la ley anticorrupción contempla límites para el manejo de los recursos a través de la Fiducia, pero si establece unos requisitos mínimos, esto es, resulta obligatorio en los casos de licitación pública, sin excluir otro tipo de procesos.

4° En virtud de lo anterior, se concluye que la entidad amplió a los procedimientos precontractuales de publicidad, para que todos los oferentes y el hoy contratista conociera sobre las reglas claras del proceso, por lo tanto, extraña hoy una petición del contratista más aún cuando el mismo suscribió el contrato.

Atentamente,



LUZ MARY RINCÓN ROMERO
JEFE OFICINA JURÍDICA

Proyectó: Andrea Patiño Pinilla.
Revisó y Aprobó: Luz Mary Rincón Romero

"Servicio Forense Efectivo"

Calle 7 A No. 12-61 piso 5. juridica@medicinalegal.gov.co
Comutador 4069944 – 4069977 – 6091106 Ext. 11615-1616-1626
FAX. 3334761
www.medicinalegal.gov.co
Bogotá Colombia