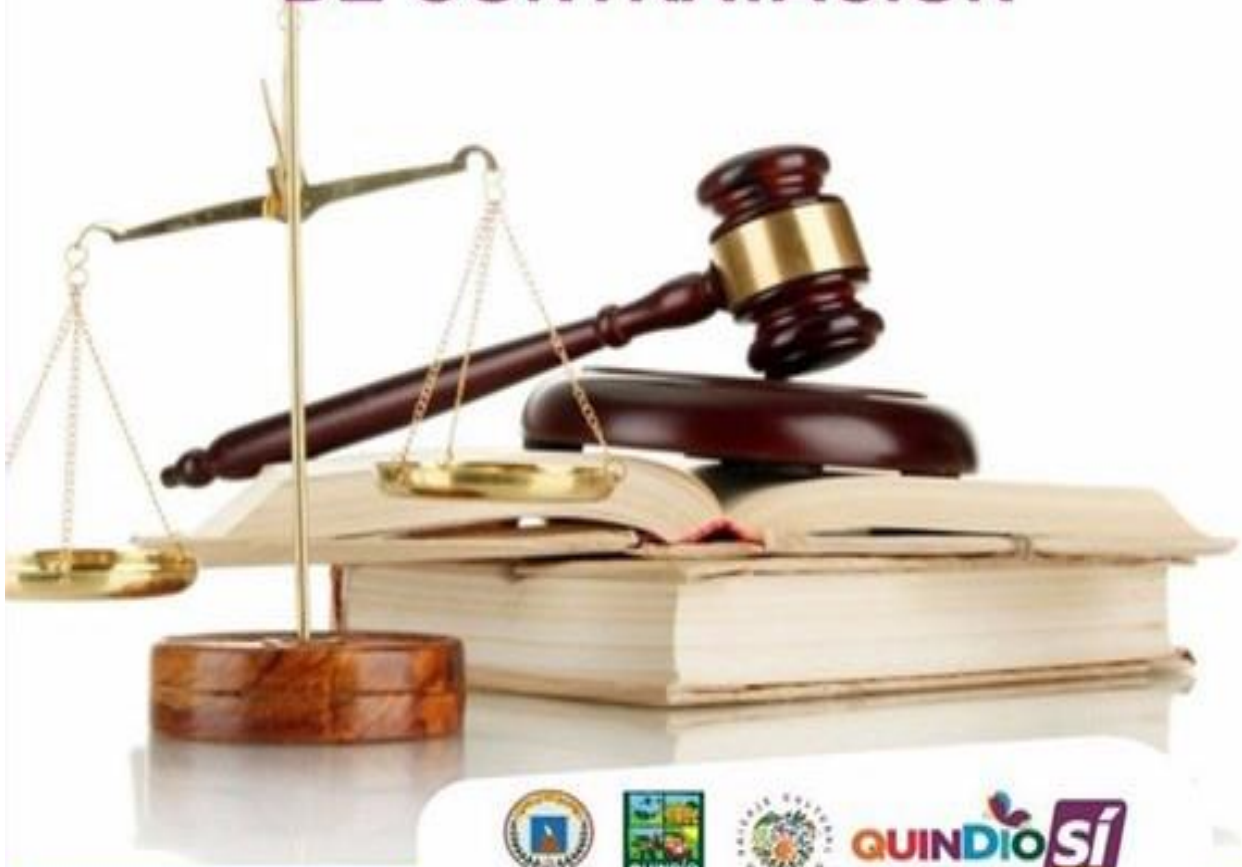


BOLETÍN JURÍDICO No 1

FEBRERO 23 DE 2018

DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO SECRETARÍA JURÍDICA Y DE CONTRATACIÓN



CARLOS EDUARDO OSORIO BURITICA
Gobernador

CIELO LÓPEZ GUTIÉRREZ
Secretaría Jurídica y de Contratación

INDICE

1. LOS NUEVOS CAMBIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LICENCIA DE MATERNIDAD

LOS NUEVOS CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Con la expedición de la Ley 1882 de 2018 "Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de



infraestructura y se dictan otras disposiciones", el Gobierno Nacional, propende por fortalecer la contratación pública en materia de infraestructura, buscando garantizar con las modificaciones realizadas a la ley, una mayor pluralidad de oferentes en los procesos de selección, al igual que el cumplimiento de los demás principios que rigen la contratación estatal.

Conforme a lo anterior, se procede a relacionar los principales cambios que trajo consigo la citada norma, en materia de contratación estatal, respecto a:

- **DOS SOBRES EN LICITACIONES DE OBRA PÚBLICA.**

Ahora **en las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra, el oferente deberá presentar su oferta en dos sobres**, en uno, **deberá adjuntar** los documentos para el cumplimiento de requisitos habilitantes, al igual, que aquellos con los que se asigna puntaje, a excepción de la oferta económica, la cual deberá anexarse en un segundo sobre.

- **PROCEDIMIENTO DE LA LICITACIÓN PARA OBRA PÚBLICA.**

El procedimiento de selección en licitación para seleccionar contratistas de obra pública, establece que en la evaluación preliminar se realizará la verificación de los requisitos habilitantes y de aquellos que son objeto de puntuación.

Respecto al sobre que contiene la oferta económica, la ley señala, que esta deberá permanecer cerrado hasta la audiencia de adjudicación, momento en el cual se realiza la respectiva evaluación, y en la que se correrá traslado a los proponentes habilitados, quienes podrán realizar observaciones, solo con relación de este aspecto económico, las que además deberán decidirse en la misma audiencia.

La citada norma, además establece que el informe definitivo de evaluación debe ser publicado antes de la audiencia de adjudicación, en el que debe haber un pronunciamiento respecto a las observaciones a la evaluación y las subsanaciones, permitiendo que los proponentes preparen sus intervenciones para la audiencia de decisión.

- **PLIEGOS TIPO:**

Se establecerá pliegos de condiciones tipo, para los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales contendrán las condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia, y ponderación precisa y detallada de los mismos, según corresponda a cada modalidad de selección.

Para la adopción de esta reglamentación se tendrán en cuenta las características propias de las regiones, con el ánimo de promover el empleo local.

En consecuencia, el Ejecutivo adoptará de manera general y con alcance obligatorio a todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, los respectivos pliegos tipo, para lo cual cuenta con un plazo de seis (6) meses, para su respectiva adopción.

Con la expedición de la norma en cita, existe una imposición legal para que las entidades territoriales, hagan uso de los formatos que adoptará la Agencia Nacional de Contratación para adelantar los respectivos procesos de selección, de obra pública, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, toda vez, que si bien a hoy Colombia Compra Eficiente cuenta con pliegos tipo para



obra, estos no son de su uso obligatorio para los entes territoriales.

- **SUBSANACIÓN DE OFERTAS.**

Respecto a las reglas de subsanabilidad, esta normativa **establece un tiempo preciso para que los oferentes subsanen los requisitos habilitantes de su oferta, el cual deberá realizarse dentro del término de traslado del informe de evaluación, y no hasta la adjudicación, conforme se venía realizando.**

Es de aclarar, que este término para subsanar, no aplica para aquellos procesos de selección, en los que se utilice el mecanismo de subasta inversa, en el cual, aquellos documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deben ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

De igual manera, se estableció la imposibilidad de acreditar con fines de subsanación, circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

También quedó prescrita la prohibición de subsanar el requisito de constitución de la garantía de seriedad de la oferta, ya que, pese a que esta se haya constituido antes del cierre del proceso, el solo hecho de no presentarse con la oferta al momento de cierre, se constituye en causal de rechazo de la propuesta.

Esta nueva norma, precisó, sobre la obligación de requerir a los oferentes, para que subsane aquellos requisitos que no afectan la asignación de puntaje, lo cual tenía un carácter 'optativo' pues la norma señalaba que; *“aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento**”.*

Finalmente, fue dilucidada la obligatoriedad para que las entidades admitan la experiencia

adquirida por los oferentes, tanto en el sector público como en el privado, lo cual no había sido señalado de manera expresa por la ley.

- **NO SE REQUIERE CDP PARA PUBLICAR LOS PROYECTOS DE PLIEGOS DE CONDICIONES.**

Con relación a contar con CDP para elaborar el estudio previo o publicar el proyecto de pliego de condiciones, la nueva ley de manera expresa señala, que este no es necesario, toda vez que el proyecto de pliego de condiciones no es vinculante para la entidad, situación esta que, al no estar de manera expresa señalada por la ley, generó que los organismos de control reprocharan dicha conducta que era desplegada por las entidades estatales, y que a hoy, queda claramente establecida en la norma.

- **RESPONSABILIDAD DE INTERVENTORES.**

La ley **amplió la responsabilidad de los interventores a la etapa de liquidación de los contratos sobre los que ejercen control y vigilancia, explicando, que esta responsabilidad solo les será imputable, siempre y cuando los perjuicios provengan del incumplimiento sobre las obligaciones asumidas en el negocio jurídico.**

Conforme a lo anterior, es de resaltar, que la anterior normativa, solo precisaba responsabilidad por la “CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN”, ampliándola con esta nueva disposición hasta la “LIQUIDACIÓN”, y haciendo la salvedad, que esta se encuentra condicionada a que el perjuicio provenga del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor.

Finalmente, la Ley 1882 de 2018, trajo consigo modificaciones con relación a los proyectos de infraestructura de transporte, en aspectos de los trámites de adquisición y gestión predial, al igual que aspectos respecto de las APP.



Dr. Víctor Alfonso Vélez Muñoz. Director Asuntos Jurídicos Conceptos y Revisiones. Secretaría Jurídica y de Contratación.

SUSPENSIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LICENCIA DE MATERNIDAD.

El Estado Colombiano, con el fin de garantizar la protección del interés superior del menor recién nacido y del que está por nacer, viene creando políticas que cada día fortalecen más a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, hoy, gracias a la expedición de la Ley 1822 de 04 de enero de 2017, en el que se realiza una modificación al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, fue ampliado el periodo la licencia de maternidad, cuando inicialmente el citado artículo contemplaba un periodo de disfrute de 12 semanas, siendo aumentado a 14 semanas con la entrada en vigencia de la Ley 1468 de 2011, para en la actualidad dicho beneficio ascender a 18 semanas.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia T – 639/13, señaló que la estabilidad laboral reforzada, se constituye en una garantía que evita la discriminación de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia cuando existe una relación de trabajo, independientemente de su naturaleza.

De otra parte, el Consejo de Estado - Sección Cuarta, mediante providencia N° 68001-23-33-000-2013-00495-01(AC) del 3 de Julio de 2013, afirmó que el fuero de maternidad no aplica en los contratos de prestación de servicios, porque no existe una verdadera relación laboral, expresando, que dicha

protección solo podría otorgarse, si el juez laboral o administrativo determina que existió el nexo laboral, recalando que dicha vinculo no se puede establecer a través de la acción de tutela, pues no es el mecanismo judicial idóneo para declarar el contrato realidad.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional en una de sus más recientes providencias, (Sentencia T- 743 del 18 de diciembre de 2017), determinó respecto a la protección a las mujeres embarazadas, que cuentan con un contrato de prestación de servicios con el Estado, entre otros aspectos, los siguientes:

“Cabe resaltar que, si bien la protección a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, es un mandato constitucional, dar continuidad a contratos de prestación de servicios que tienen vocación temporal implica en el marco de la administración pública: (i) modificar la naturaleza contractual que informa cada relación de prestación de servicios, para confundirla con un contrato laboral que no quiso ser firmado y, con ello, cambiar la lógica de las relaciones contractuales y menguar la seguridad jurídica entre las partes firmantes; (ii) albergar la posibilidad de que se hagan erogaciones públicas que pueden implicar gastos para la administración, sin bases objetivas y técnicas; y, por esa vía, (iii) convertir la ampliación del periodo pactado en un lapso en el que tendrían lugar medidas asistenciales o subsidios en favor



de la madre, sin sustento de priorización y con total desconocimiento del principio de igualdad.

Sin establecer con certeza que la accionante tuvo una relación de trabajo con la administración, concluir que su vinculación debe perpetuarse bajo la modalidad de un vínculo laboral entre ella y la administración, implicaría varias consecuencias inconstitucionales.

Por un lado, ordenar un reintegro en esas condiciones implica en últimas ordenar la creación de un cargo sin constatar la necesidad de él, cuando constitucionalmente está establecido que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”^[64]. Ordenar a la administración nombrar en un cargo a la accionante, implicaría una injerencia indebida del juez en las competencias del ejecutivo, en la medida en que, al menos en sede de tutela, aquel logró explicar que la actividad encomendada a la accionante es esporádica y no misional para municipio, por lo que no tiene vocación de permanencia.

En esa misma línea, toda vez que la accionante no tiene vínculo con la administración, o al menos en este trámite constitucional no

logró acreditarlo, una orden para nombrarla como funcionaria del municipio demandado, implicaría dar vía libre a una forma de acceso a cargos públicos que no está contemplada en el ordenamiento jurídico y que contraviene el artículo 125 constitucional, mismo que dispone el mérito como principio y criterio de acceso a la función pública. Ello implica también el desconocimiento del principio de igualdad (artículo 13), en tanto se estaría prefiriendo a la accionante para hacer parte de la administración pública, sin fundamento jurídico válido, en tanto los principios que la informan imponen cierto grado de idoneidad para la prestación del servicio público, que debe ser acreditado antes y más allá de las condiciones particulares de vulnerabilidad de la persona. Ni dichos principios, ni el mérito, pueden ser sacrificados, para la satisfacción de las peticiones de la accionante sin subvertir los principios de la administración pública y la constitución misma”.

Claro lo anterior, es necesario centrarnos en dilucidar, si le asiste la obligación a una entidad estatal de suspender un contrato de prestación de servicios, con ocasión a una licencia de maternidad, o si, por el contrario, la contratista tiene la obligación de ejecutar el contrato en los términos pactados.

Con relación a la suspensión de un contrato de prestación de servicios, sea lo primero reseñar, que no existe una norma que consagre los casos de suspensión del citado contrato, para



lo cual el Consejo de Estado, ha señalado en diversas providencias, que son las partes intervinientes las encargadas de señalar las causales de suspensión y los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, para lo cual se trae a colación la sentencia de máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 28 de abril de 2010, rad. No. 07001-23-31-000-1997-00554-01(16431), con ocasión a la suspensión de Contratos Estatales, manifestó:

“En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes”.

De igual manera, el Ministerio del Trabajo, por

medio de concepto 9975 de 5 de marzo de 2014, se refirió sobre la suspensión de contratos, respecto a una persona que se encuentra en licencia de maternidad, señalando en algunos de sus apartes, lo siguiente:

“La legislación que regula la contratación estatal, concretamente la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios, no contempló las causales de suspensión del contrato de prestación de servicios celebrado con una entidad pública, motivo por el cual, debe señalarse que no existe ninguna disposición normativa que consagre de forma expresa, la suspensión del contrato en virtud de la licencia de maternidad de la contratista.

*En el sector privado, debe señalarse igualmente la presencia del vacío normativo que existe sobre el particular, motivo por el cual, teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes, en cuanto obedecer al acuerdo de voluntades, a juicio de esta Oficina, serán las partes intervinientes quienes señalen **en el contrato las causales de suspensión y quienes determinen el alcance de los eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, esto es, si la licencia de maternidad***



puede considerarse como tal.

No obstante lo anterior, si a pesar de la licencia de maternidad, las partes contratantes acuerdan no suspender el contrato de prestación de servicios, y la contratista acredita el cumplimiento de las actividades contratadas, en criterio de este Despacho habrá lugar al pago de honorarios, por cuanto el objeto del mismo está siendo ejecutado.

(...) En esta medida, se considera que si las partes deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y por ende, disfrutar del periodo de la licencia de maternidad, dicha prestación económica será asumida por la EPS; en caso contrario esto es, si no hubo suspensión del contrato de prestación de servicios y la contratista continúa laborando, la EPS asumirá el pago de la licencia y el contratante deberá cancelar los honorarios convenidos.

Sin perjuicio del criterio antes señalado, es preciso reiterar que como no es un asunto regulado por el ordenamiento jurídico laboral, son las partes contratantes quienes, de común acuerdo, deben determinar si suspenden o no el contrato de

prestación de servicios.

De conformidad con lo anterior, las partes podrán suspender el contrato de prestación de servicios cuando se determinen eventos que constituyen fuerza mayor o caso fortuito o de interés público que impida, temporalmente cumplir con el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, como es el caso de la contratista que se encuentra en estado de embarazo y se encuentra incapacitada". (Negrilla y Subrayados fuera de texto).

Conforme a todo lo expuesto, se puede concluir, que un contrato estatal puede ser suspendido, siempre y cuando se presenten situaciones y/o condiciones particulares que las partes hayan pactado, o se susciten casos de fuerza mayor o fortuitos o de interés público, que impidan la ejecución del mismo, y será por el término o plazo que fijen los extremos contractuales para tal fin, el cual deberá estar debidamente justificado.

De igual manera, si las partes contractuales deciden suspender el contrato de prestación de servicios, y así la contratista disfrutar de su licencia de maternidad, esta prestación económica será asumida por la EPS.

De otra parte, si no se suspende el contrato de prestación de servicios y la contratista continúa cumpliendo con las obligaciones contractuales, la EPS asumirá el pago de la licencia de maternidad, y la entidad contratante deberá cancelar los honorarios pactados, con sujeción a lo plasmado en el acuerdo de voluntades.



Finalmente, respecto al lugar de ejecución del contrato de prestación de servicios por parte de la contratista que goza de una licencia de maternidad, es el supervisor del contrato, quien deberá determinar si el objeto contractual puede desarrollarse por parte de la contratista sin necesidad de hacer presencia en la Entidad, basado en la obligaciones contractuales y productos que deben ser entregados por la contratista.

Dr. Víctor Alfonso Vélez Muñoz. Director Asuntos Jurídicos Conceptos y Revisiones. Secretaría Jurídica y de Contratación

