



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

OJ - 01135 - 20

Bogotá, D.C., 24 de septiembre de 2021

PARA: EDUARD PINILLA RIVERA
Vicerrector Administrativo y Financiero

DE: JAVIER BOLAÑOS ZAMBRANO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

REF: Oficio Nro.: 2021IE14576 Vicerrectoría Administrativa y Financiera

ASUNTO: Concepto Incumplimiento contractual

Respetuoso saludo Dr. Pinilla.

En atención al oficio de la referencia, en el cual sugiere la emisión de un concepto para poder adelantar el incumplimiento de la orden de compra No. 70484-2021, respetuosamente nos permitimos manifestarle:

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, contempló la existencia de la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la contratación directa, como modalidades de selección en el proceso de contratación estatal. La selección abreviada, puntualmente usada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, mediante la celebración de Acuerdos Marco de Precio¹.

De suerte que, con lo anterior, las entidades públicas pueden contratar la adquisición o suministro de servicios digitales de características técnicas uniformes y de común utilización, bajo la modalidad de selección abreviada, mediante órdenes de compra realizadas con fundamento en Acuerdos Marco de Precios celebrados por Colombia Compra Eficiente.

El Acuerdo Marco de Precios es un instrumento negocial novedoso en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La existencia de estos instrumentos negociales garantiza la correcta provisión y transparencia de bienes y servicios, para lo cual el artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto Nacional 1082 de 2015 define bienes y servicios de características técnicas uniformes en los siguientes términos:

¹ "2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual [...] Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos"



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

“Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007”.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto Nacional 1082 de 2015 define con mayor claridad lo que debe entenderse por Acuerdo Marco de Precios:

“Acuerdo Marco de Precios: Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este”

Así las cosas, el Acuerdo Marco de Precios es un negocio jurídico complejo, cuya formación se desenvuelve en dos niveles distintos con la intervención de varias entidades públicas. Hay dos tipos de transacciones en el Acuerdo Marco de Precios:

A. Operación principal: en la cual se identifican los bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, además de estudiar el mercado nacional e internacional correspondiente.

B. Operación secundaria: corresponde a las entidades públicas, quienes identifican una necesidad, verifican si existe un Acuerdo Marco de Precios en el catálogo y la satisfacen según lo establecido en el Acuerdo.

La Corte Constitucional en sentencia C – 518 de 2016 señaló que:

*“El Parágrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, además de reiterar la función que están llamados a cumplir los acuerdos marco de precios, como herramientas que permiten fijar las condiciones de oferta de la adquisición o suministro de bienes y servicios, establece también las reglas de vinculación de las entidades públicas a los mismos acuerdos marco. Con ese propósito, señala que, para la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el acuerdo marco tiene carácter vinculante, en las condiciones establecidas en los reglamentos. Del mismo modo, prevé que, **para en el caso de los “Organismos Autónomos” y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.**”*
(Negrita y subrayado nuestros)

De tal suerte, la Resolución 262 de 2015, "Por medio de la cual se reglamenta el Acuerdo 03 de 2015, Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y se dictan otras disposiciones", reguló dicha institución contractual en sus títulos III y IV².

² Artículo 32. Son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

Ahora bien, revisados los Estudios y Documentos Previos³ para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios para el manejo de la emergencia por el COVID-19, en el capítulo tercero se plasmaron las siguientes definiciones:

“Instrumento de agregación de demanda: Es el acuerdo de voluntades suscrito entre Colombia Compra Eficiente y los Proveedores que aceptan la invitación para su vinculación en virtud de lo establecido por el artículo 5 del decreto 440 de 2020.

Orden de Compra: Es un contrato bilateral celebrado mediante la transacción de bienes y/o servicios a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano celebrado entre el Proveedor y la Entidad Compradora⁴”.

De la misma forma se incorporó:

“6. Cláusulas excepcionales

Según lo establecido en el artículo 5 del Decreto 440 de 2020, en las Órdenes de Compra que sean colocadas al amparo del Instrumento, se entienden incorporadas las cláusulas de (i) caducidad, (ii) modificación unilateral, (iii) interpretación unilateral y (iv) terminación unilateral.

7. Cláusula penal pecuniaria

En caso de incumplimiento por parte del proveedor de las obligaciones de entrega, parcial o total, de los bienes adquiridos por las entidades compradoras, la entidad podrá declarar el incumplimiento de la orden de compra, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual se fija en el 10% del valor de la orden de compra. Si se trata en la mora en la prestación de servicios, la entidad compradora podrá imponer multas correspondientes al 2% del valor de la orden de compra. En todo caso, de estimarse oportuno por la entidad compradora, podrá otorgarse al proveedor un plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación. Estos valores deberán estar contemplados en la garantía que facultativamente solicite la entidad compradora para la orden de compra”.

Pese a lo anterior, y a que, como se consignó con antelación, las entidades con régimen autónomo de contratación pueden adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior, es claro que el régimen de contratación se mantiene incólume y por ende, no pueden hacer uso de las cláusulas excepcionales que se predicán para aquellas entidades gobernadas por el Estatuto General de la Contratación Pública.

Para la adquisición de este tipo de bienes y servicios, en cuantías que superen los Cien (1 00) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes se deberá acudir a cualquiera de los siguientes mecanismos, dispuestos en la ley 1150 de 2007, reglamentada por el Decreto 1510 de 2013:

- a) Acuerdo Marco de Precios
- b) Bolsa de Productos
- c) Subasta inversa

³ Estudios y Documentos Previos para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios para el manejo de la emergencia por el COVID-19

⁴ Estudios y Documentos Previos para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios para el manejo de la emergencia por el COVID-19



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

De la misma forma acontece con el procedimiento a aplicarse en el evento del cumplimiento por parte del proveedor o contratista, como claramente lo señala la Guía de Compra del IAD Covid19 (Productos de Aseo, Elementos de Protección Personal (EPP) y Equipos Biomédicos y Elementos de Expansión Hospitalaria) en la Tienda Virtual del Estado Colombiano G-GUPPGS-01, cuando refirió:

“X. Declaratoria de Incumplimientos

*Si el Proveedor incumple los términos y plazos de entrega de los bienes adquiridos de la Orden de Compra, **la Entidad Compradora puede seguir el procedimiento para declarar el incumplimiento según el régimen aplicable a su contratación.** Si la Entidad Compradora declara el incumplimiento, debe informar del hecho a Colombia Compra Eficiente y cumplir con las reglas de publicidad correspondientes”. (Negrita y subrayado nuestros)*

Así pues, de conformidad con lo establecido en los artículos 28⁵ y 93⁶ de la Ley 30 de 1992, para el caso de la Universidad Francisco José de Caldas, su régimen de contratación esta dado por el Acuerdo 03 de 2015 del Consejo Superior Universitario, que dispuso:

“ARTÍCULO 25: SUPERVISOR. *La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma Entidad cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Universidad podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.”*

“ARTÍCULO 28. CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. *Los proponentes que presenten cotizaciones, ofertas o propuestas como expertos en las características y calidades de sus productos son responsables por el cumplimiento de los mismos con respecto de las características mínimas exigidas por la Universidad, por lo tanto, no podrán argumentar la aceptación por parte de la Universidad de sus ofertas o productos cotizados como argumento para sanear un eventual incumplimiento.”*

Por su parte, a través de la Resolución 629 de 2016, se adoptó el manual para la supervisión e interventoría de la Universidad y en ella se previó en su artículo 29, las actuaciones a seguir por parte del supervisor del contrato y ordenador del gasto para promover ante la Oficina Asesora Jurídica el adelantamiento del proceso administrativo sancionatorio para la declaratoria de incumplimiento contractual.

⁵ Ley 30 de 1992: **“ARTÍCULO 28.** *La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.”*

⁶ Ley 30 de 1992: **“ARTÍCULO 93.** *Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.*

PARÁGRAFO. *Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.”*



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

En dicha disposición se hace clara mención a la necesidad de la elaboración de un informe en el que consten: i) las situaciones que configuren el posible incumplimiento, ii) las cláusulas y obligaciones contractuales posiblemente vulneradas, iii) las consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento y iv) su concepto sobre dicho incumplimiento, además del traslado de los requerimientos hechos al contratista y los soportes probatorios del presunto incumplimiento.

Los anteriores insumos se hacen necesarios en aras de promover ante esta dependencia el proceso administrativo de declaratoria de incumplimiento contractual. De la misma manera, la relación de las pólizas existentes y que se hayan suscrito dentro del respectivo negocio jurídico.

Finalmente, en lo atinente a la falta de suscripción del acta de inicio por parte del contratista, debe referirse que el estatuto de contratación de la Universidad señala:

“ARTÍCULO 20: CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. *Por regla general todo contrato deberá constar por escrito, sin embargo la universidad podrá prescindir de contratos escritos cuando realice compras por internet o con grandes superficies, para lo cual el reglamento establecerá la forma en que se garantizará el cumplimiento de las normas de carácter presupuestal.*

ARTÍCULO 21: EJECUCIÓN DEL CONTRATO. *Una vez surtidos todos los trámites descritos anteriormente y suscrito el respectivo Contrato, se debe iniciar la ejecución del mismo. Para la ejecución del contrato debe preceder la aprobación de las garantías, la existencia del registro presupuestal correspondiente y la suscripción del acta de inicio cuando sea el caso.”*

En cuanto a los requisitos de existencia y perfeccionamiento del contrato, la Resolución 262 de 2015 previó:

“Artículo 81. Celebración del Contrato. *Se procede a elaborar la minuta del Contrato y tramitar su firma por parte del Ordenador del gasto y el proponente seleccionado, una vez, se cuente con toda la documentación requerida según la modalidad del contrato.*

Una vez suscrito el contrato y realizado el registro presupuestal, el contratista deberá constituir las garantías, cuando se le hayan exigido, y la Oficina Asesora Jurídica deberá adelantar la aprobación de estas con el fin de completar los requisitos de ejecución del contrato”.

Lo anterior denota que, en el caso basta la existencia del registro presupuestal y la aprobación de las garantías como requisito de ejecución, lo que coincide con el análisis hecho respecto de la existencia y perfeccionamiento de contratos estatales del régimen general por el Consejo de Estado, cuando refirió :

“A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que:

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

independiente, las condiciones para su ejecución, así:

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”⁷

Bajo el contexto normativo anterior, se estima que la falta de firma de acta de inicio no constituye en el caso concreto un impedimento para proceder, una vez así lo solicite el ordenador del gasto, a través del informe correspondiente, elevado por el supervisor del contrato, bajo los parámetros del artículo 29 de la Resolución 629 de 2016, el adelantamiento del proceso de declaratoria de incumplimiento, según las disposiciones propias del régimen contractual del ente universitario.

Sin otro particular;

Cordialmente;

JAVIER BOLAÑOS ZAMBRANO
Jefe Oficina Asesora Jurídica UD/FJC

FUNCIONARIO O ASESOR	NOMBRE	FIRMA
Proyectó	Oscar Gerardo Arias Escamilla -Abogado contratista OAJ/UDFJC	O.A.

⁷ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra Bogotá D.C., Treinta (30) De Julio De Dos Mil Ocho (2008) Radicación Número: 07001-23-31-000-1996-00511-01(15079)