

RESOLUCIÓN 183 de 2018

(abril 18)

Diario Oficial No. 50.580 de 30 de abril de 2018

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

<NOTA DE VIGENCIA: Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018>

Por medio de la cual se modifica el Manual de Contratación y Supervisión de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

Resumen de Notas de Vigencia

NOTAS DE VIGENCIA:

- Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018, 'por medio de la cual se adopta el Manual de Contratación de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)', publicada en el Diario Oficial No. 50.590 de 11 de mayo de 2018.

EL SECRETARIO GENERAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO,

en atención a lo dispuesto en el artículo [209](#) de la Constitución Política de Colombia, la Ley [80](#) de 1993 modificada por la Ley [1150](#) de 2007, el artículo [2.2.1.2.5.3](#) del Decreto 1082 de 2015 y en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas en el numeral 2 del artículo [16](#) del Decreto-ley 4085 de 2011, artículo 1o de la Resolución 421 de 2014, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo [209](#) de la Constitución Política de Colombia, establece que: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Que el artículo [3o](#) de la Ley 80 de 1993, dispone que: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)”.

Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos [25](#) y [26](#) de la Ley 80 de 1993 y la Ley [1150](#) de 2007, las actuaciones en las que intervengan los funcionarios, deben desarrollarse con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad entre otros, buscando siempre el cumplimiento de los fines estatales, la eficiencia y continua prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y deberes de la Administración.

Que igualmente las mencionadas disposiciones determinan que los procesos contractuales deben caracterizarse por la selección objetiva de las propuestas y la exigencia de requisitos estrictamente señalados en la ley.

Que el numeral 9 del artículo [25](#) de la Ley 80 de 1993, señala que en los procesos de contratación intervendrán el jefe, las entidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señale en las normas de organización y funcionamiento.

Que el artículo [40](#) de la Ley 80 de 1993, establece los derechos y deberes de las entidades estatales, para la consecución de los fines de la Contratación Estatal.

Que para el cumplimiento de los fines previstos en el Estatuto General de Contratación, las Entidades Estatales, tienen la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de todos los contratos suscritos, conforme lo establecido en el artículo [14](#) y numerales 4 y 5 del artículo [26](#) de la Ley 80 de 1993.

Que el Decreto 1082 de 2015 en su artículo [2.2.1.2.5.3](#) dispone: “Las Entidades Estatales deben contar con un manual de contratación, el cual debe cumplir con los lineamientos que para el efecto señale Colombia Compra Eficiente”.

Que mediante Resolución número [231](#) del 24 de julio de 2015, se adoptó el Manual de Contratación y Supervisión de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado (ANDJE).

Que mediante el artículo [20](#) del Decreto 915 del 30 de mayo de 2017 se modificó la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y se creó la Dirección de Defensa Jurídica Internacional.

Que el artículo [50](#) del Decreto 915 de 2017, adicionó el artículo [17B](#) al Decreto-ley 4085 de 2011 relacionado con las funciones de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional, y entre otras, dispuso las siguientes: “1. Coordinar la defensa del Estado colombiano por controversias que se adelanten en instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión; salvo en la etapa de arreglo directo cuya coordinación estará en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (...) 5. Designar apoderados, mandatarios o agentes, para que asuman la representación judicial del Estado ante instancias internacionales o extranjeras (...)”.

Que en razón a las nuevas funciones asignadas a la Agencia es indispensable fortalecer las estrategias para atender de manera eficaz y eficiente la defensa del Estado colombiano y para que la Agencia coordine y asuma las controversias que se adelantan ante instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados en materia de inversión extranjera, con el apoyo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Que los procesos de contratación de firmas de abogados y expertos, para la representación asesoría y acompañamiento del Estado colombiano ante tribunales arbitrales internacionales por controversias en materia de inversión firmas extranjeras de abogados y expertos²², se regirán conforme a las normas contempladas en la Constitución Política, la Ley [80](#) de 1993, la Ley [1150](#) de 2007 y el Decreto [1082](#) de 2015, las cuales constituyen el marco legal específico aplicable.

Que el Consejo Directivo de la Entidad, en la sesión ordinaria virtual que se realizó del 9 al 19 de febrero de 2018, aprobó la guía para la elaboración de lineamientos de contratación para la

defensa internacional de Colombia para la contratación de firmas extranjeras en el marco de la contratación directa, a efectos de establecer las condiciones técnicas y económicas más idóneas.

Que el artículo tercero de la Resolución número [231](#) de 2015, establece que: “Cualquier modificación al manual de Contratación y Supervisión se hará mediante acto administrativo motivado, expedido por la Secretaría General de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de DEFENSA jurídica del Estado”.

Que conforme a lo anterior, se requiere actualizar el Manual de Contratación y Supervisión vigente, incluyendo dentro del mismo el capítulo de contratación con firmas extranjeras para determinar de forma clara y precisa las pautas que deben tener en cuenta los servidores públicos y contratistas en las diferentes etapas contractuales, respecto al desarrollo de esta contratación, sin que el mismo supla lo establecido y previsto en la Constitución Política de Colombia, la ley y demás normatividad aplicable sobre la materia.

Que en consecuencia, se debe proceder a la incorporación del numeral 5.6.4.7.1. “Contratación de firmas extranjeras de abogados y expertos para la representación del Estado colombiano ante Tribunales Arbitrales Internacionales por controversias en materia de inversión” en el Manual de Contratación y Supervisión de la Entidad.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. <Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018> Modificar el Manual de Contratación y Supervisión de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado (ANDJE) en el sentido de adicionar el numeral 5.6.4.7.1. “contratación de firmas extranjeras de abogados y expertos para la representación del Estado colombiano ante Tribunales Arbitrales Internacionales por controversias en materia de inversión”, en el cual se establecen las directrices y lineamientos para el ejercicio de la actividad contractual para dicha contratación, en el marco de la contratación directa.



ARTÍCULO 2o. <Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018> Hace parte integral de esta resolución, el texto incluido referente a la contratación con firmas extranjeras dentro del Manual de Contratación y Supervisión de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado (ANDJE), los formatos y modelos aplicables en dicho trámite contractual, de acuerdo a la modalidad de selección, los cuales se ajustarán según las necesidades y características del respectivo procedimiento.



ARTÍCULO 3o. <Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018> La presente resolución deberá comunicarse para su cumplimiento a todas las dependencias de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado (ANDJE), por conducto de la Secretaría General.



ARTÍCULO 4o. <Resolución derogada por el artículo [3](#) de la Resolución 239 de 2018> La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 18 abril de 2018.

El Secretario General,

Juan Pablo Marín Echeverry.

5.6.4.7.1. Contratación de firmas extranjeras de abogados y expertos para la representación del Estado colombiano ante Tribunales Arbitrales Internacionales por controversias en materia de inversión.

5.6.4.7.1.1. Generalidades

Los procesos de contratación de firmas de abogados y expertos, “para la representación asesoría y acompañamiento del Estado colombiano ante tribunales arbitrales internacionales por controversias en materia de inversión firmas extranjeras de abogados y expertos”, se regirán conforme a las normas contempladas en la Constitución Política, la Ley [80](#) de 1993, la Ley [1150](#) de 2007 y el Decreto [1082](#) de 2015, las cuales constituyen el marco legal específico aplicable. De igual forma, para el desarrollo del presente capítulo, se tuvo en cuenta la guía para crear los lineamientos de contratación de firmas extranjeras, aprobada por el Consejo Directivo de la Entidad, en la sesión ordinaria virtual que se dio del 9 al 19 de febrero de 2018.

El artículo [2.2.1.2.1.4.9](#) del Decreto 1082 de 2015, señala: “Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita”.

Los contratos para la representación, asesoría y acompañamiento en los procesos que se adelanten ante tribunales arbitrales en materia de inversión que celebra la ANDJE con personas jurídicas, previa verificación de la inexistencia de personal de planta de la Entidad que pueda satisfacer la necesidad o porque requiere de conocimientos especializados, son los denominados de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Con base en lo anterior la selección del contratista procede mediante la modalidad de contratación directa contemplada en el literal h) del numeral 4 del artículo [20](#) de la Ley 1150 de 2007 y el artículo [2.2.1.2.1.4.9](#) del Decreto 1082 de 2015 por tratarse de un contrato para la prestación de servicios profesionales y de apoyo para la Agencia, cuyo objeto involucra el desarrollo de actividades relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad.

De acuerdo con el objeto definido para los contratos a celebrarse, estos deben ser ejecutados por una persona o firma de abogados extranjera especializada o expertos en la prestación de servicios profesionales de asesoría, acompañamiento y representación en la defensa del Estado en las controversias internacionales de inversión, en todas las etapas del proceso arbitral, que esté en capacidad de negociar y litigar en idiomas español e inglés y que tenga conocimiento en derecho internacional público, arbitraje internacional de inversión, y que ofrezca al país las mejores condiciones.

Dicho de otra forma, se trata de servicios intelectuales que serán prestados por una persona jurídica que cuente con la idoneidad y experiencia para ejecutarlo, y cuyas actividades se derivan

de las funciones propias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, las cuales no se encuentran contenidas en el numeral 2 del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993.

Que a su vez, el Decreto [1939](#) de 2013, reglamentó la atención de controversias internacionales de inversión, con el fin de garantizar la oportuna y continua defensa del Estado en controversias de inversión, y la contratación de asesores externos para atender la controversia específica.

Para tal efecto, al momento de realizar la solicitud de contratación e iniciar la etapa precontractual, la Dirección de Defensa Jurídica Internacional deberá verificar que el caso en específico que se pretende atender, se subsume dentro de la descripción legal contenida en las normas precitadas y que su finalidad es la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para la representación del Estado colombiano ante tribunales arbitrales internacionales por controversias en materia de inversión.

5.6.4.7.1.2 Etapa Precontractual

Esta etapa comprende desde la solicitud de contratación, hasta el perfeccionamiento del contrato. El área solicitante deberá elaborar y entregar, entre otros, los siguientes documentos: (i) Análisis del sector económico; (ii) Estudios Previos; (iii) Identificación y cobertura del riesgo en el proceso de contratación; (iv) solicitud de contratación suscrita por la Dirección de Defensa Jurídica Internacional dirigida al Ordenador del gasto; (v) Certificado de no existencia de personal en planta y (vii) los documentos del contratista, de acuerdo con el listado de requisitos señalados en los formatos para persona natural o jurídica, según sea el caso.

5.6.4.7.1.2.1 Análisis del sector económico en la modalidad de contratación directa

En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

En un contrato de prestación de servicios profesionales, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y experiencia que llevan a contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollar dicho objeto. La Entidad Estatal debe hacer una reflexión sobre la necesidad de contratar el servicio y las condiciones de los Procesos de Contratación que ha adelantado en el pasado para contratar ese tipo de servicios, teniendo en cuenta plazos, valor y forma de pago.

Si bien no será necesario que la Entidad estatal haga un estudio de la oferta y la demanda del sector de la prestación de servicios legales con particularidades sobre tipos, precios, calidades y cantidades de la oferta y la demanda, sí debe realizar un análisis teniendo en cuenta los siguientes aspectos: i) legales y organizacionales; ii) Comerciales, técnicos y de análisis de Riesgo; iii) remuneración para la prestación de servicios objeto del Proceso de Contratación la cual debe ser analizada desde la economía, la eficiencia y la eficacia del Proceso de Contratación.

5.6.4.7.1.2.1.1 Estudio de mercado para el análisis del sector económico

Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.3.4.1 del presente manual de contratación, al momento de realizar la contratación directa el área solicitante, podrá realizar un estudio que fundamente el Análisis del Sector

Económico dirigido a establecer las mejores condiciones técnicas, económicas, de favorabilidad, de conveniencia y el valor.

De esa forma, el área solicitante podrá realizar cotizaciones de servicios a posibles contratistas, las cuales determinarán el valor de la contratación a realizar.

5.6.4.7.1.2.1.1.1 Invitación a cotizar para el análisis del sector económico

La “invitación a cotizar” es un documento elaborado por el área solicitante el cual contiene las condiciones técnicas mínimas requeridas para la prestación del servicio, dicho documento busca realizar un estudio de mercado, con el fin de establecer los criterios mínimos técnicos y el mejor valor.

Este documento será enviado a los posibles contratistas los cuales, en criterio del área solicitante, tienen la idoneidad y experiencia suficiente para ejecutar el contrato que se propone suscribir.

La “invitación a cotizar” deberá contener entre otras cosas, el objeto contractual, obligaciones generales y específicas, especificaciones técnicas, fundamentos legales, modalidad de selección de contratista (contratación directa), productos o entregables, aspectos tributarios, presupuestales financieros y contables.

5.6.4.7.1.2.1.1.2 Lista de posibles cotizantes

Dado que resulta de gran utilidad y conveniencia mantener una lista de las firmas internacionales de abogados y expertos que respondan o hayan respondido a la invitación a cotizar de acuerdo con las necesidades del área, la Dirección de Defensa Internacional, podrá tener una base de datos de firmas extranjeras a las cuales pueda remitir la solicitud de cotización de servicios.

5.6.4.7.1.2.1.1.3 Preguntas y respuestas a la invitación a cotizar

Los interesados podrán realizar preguntas a la invitación a cotizar, tanto en los criterios técnicos, jurídicos o financieros, que sean parte del contrato que se espera suscribir, estos deberán ser remitidos al área solicitante al correo electrónico arbitrajesdeinversion@defensajuridica.gov.co.

El área solicitante dará respuesta oportunamente.

5.6.4.7.1.2.1.1.4 Idioma de las comunicaciones y de la cotización

Para efectos de la cotización de servicios, no será necesario presentar traducción a los documentos, salvo solicitud en contrario del área solicitante.

Caso contrario, para efectos de la suscripción del contrato, el cotizante seleccionado, deberá presentar traducción simple de todo documento que esté en idioma distinto del castellano.

En caso de requerirse los documentos deberán entregarse apostillados por la autoridad competente del país de origen y/o consularizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, en caso de ser necesario.

5.6.4.7.1.2.1.1.5 Presentación de las cotizaciones de servicios

Los invitados a cotizar, deberán dar respuesta a la invitación, dentro de los tiempos contemplados en la “invitación a cotizar”, sin perjuicio de que, en atención a las circunstancias y complejidad del proceso, el área pueda modificar el tiempo de respuesta, caso en el cual, el área

deberá informar del nuevo plazo.

La respuesta se realizará en el formato de “invitación a cotizar”, y todos los documentos requeridos en la solicitud se deberán enviar al correo arbitrajesdeinversion@defensajuridica.gov.co en formato PDF o en físico según requerimiento de la Entidad.

En la cotización, el posible contratista deberá señalar de forma clara y expresa, en números y letras, el valor que tendría los servicios que la Entidad requiere.

5.6.4.7.1.2.1.1.6 Comparación de las cotizaciones de servicios

Luego de la presentación de las cotizaciones enviadas por los invitados, el área solicitante procederá a realizar la comparación de las ofertas para identificar la que resulte más conveniente para cada una de las estrategias de defensa que se identifique.

5.6.4.7.1.2.1.1.7 Complementación o aclaración de las cotizaciones de servicios

De cualquier manera, el área solicitante podrá pedir complementaciones a la cotización de servicios, o aclaraciones de la información remitida, a fin de lograr una comparación de las cotizaciones de forma integral.

5.6.4.7.1.2.1.1.8 Instancia de alto nivel de gobierno

Una vez se tengan las diferentes cotizaciones, se convocará a la instancia de alto nivel de gobierno, para que de conformidad con lo establecido en el artículo [40](#) del Decreto 1939 de 2013, se recomiende la adopción de medidas necesarias para garantizar la oportuna y continua defensa del Estado en controversias de inversión, y la contratación de asesores externos para atender la controversia específica.

5.6.4.7.1.2.1.1.9 Escogencia

Es discrecional para la ANDJE la escogencia del contratista de acuerdo con el análisis y valoración que se realice.

5.6.4.7.1.2.2 Estudios y documentos previos

Los estudios previos deberán contener los requisitos establecidos en el acápite 4.3 del presente manual, esto es: Definición de la necesidad, objeto, obligaciones generales y específicas, especificaciones técnicas mínimas, modalidad de selección, fundamentos legales, valor, forma de pago, modalidad de selección de contratista, plazo de ejecución, análisis de riesgos y matriz de riesgos, garantías, presupuesto, productos o entregables, aspectos tributarios, presupuestales financieros y contables, etc., de tal manera que dicho estudio, sirva de sustento técnico-jurídico al Grupo de Contratos para la realización del contrato.

La definición y elaboración de los aspectos técnicos, del estudio previo le corresponde al Director de Defensa Jurídica Internacional, con apoyo jurídico contractual del Grupo de Gestión Contractual y apoyo financiero por parte del Grupo de Gestión Financiera y deberá ser suscrito por el Director de la dependencia solicitante.

Para la elaboración de los estudios previos, el área solicitante deberá tener en cuenta los formatos publicados en el Sistema Integrado de Gestión Institucional.

5.6.4.7.1.2.3 Identificación y cobertura del riesgo en el proceso de contratación

De acuerdo con las disposiciones del artículo [40](#) de la Ley 1150 de 2007 y de los artículos [2.2.1.1.1.3.1](#), [2.2.1.1.1.6.1](#), [2.2.1.1.1.6.3](#) y el numeral 2 del artículo [2.2.1.2.5.2](#) del Decreto 1082 de 2015 y con base en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación elaborado por Colombia Compra Eficiente, los cuales establecen que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente, la Dirección de Defensa Jurídica Internacional deberá realizar un análisis de los riesgos previsibles que puedan afectar la ejecución del contrato, resumiendo las conclusiones en una matriz de riesgos, la cual permitirá establecer la asignación del riesgo y la forma de mitigar su posible ocurrencia.

La administración o el manejo del riesgo previsible debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato³⁷.

5.6.4.7.1.2.4 Solicitud de contratación

La solicitud de contratación deberá realizarse de conformidad con lo establecido en el numeral 5.6.4.1 del presente documento, salvo las cuestiones especiales que en adelante se determinen.

Con la solicitud de contratación se deberá adjuntar, además del borrador de Estudios Previos elaborados por la Dirección de Defensa Jurídica Internacional, para identificar el objeto a contratar, y el certificado de Disponibilidad Presupuestal; los datos del posible contratista con el que se pretende celebrar el contrato para lo cual el área deberá tener en cuenta la experiencia e idoneidad de cada una de las firmas internacionales o expertos participantes.

5.6.4.7.1.2.5 Certificado de no existencia de personal en planta y certificado de experiencia e idoneidad

La Dirección de Defensa Jurídica Internacional deberá solicitar al área de Talento Humano, el certificado de no existencia de personal en planta o de que el que existe no tiene los conocimientos especializados para atender la necesidad, el cual deberá estar suscrito por la Coordinadora de Talento Humano.

De igual manera, el área deberá elaborar el certificado de experiencia e idoneidad, donde dé cuenta de la experticia del cotizante seleccionado, este deberá estar suscrito por la Directora de Defensa Jurídica Internacional.

Los dos certificados deberán estar anexados a la solicitud de contratación respectiva.

5.6.4.7.1.2.6 Documentos del contratista

El área solicitante deberá entregar, anexados a la solicitud de contratación, todos los documentos del contratista, de acuerdo con el listado de requisitos señalados en los formatos para persona natural o jurídica, según sea el caso.

5.6.4.7.1.3 Trámite previo

Previo a la radicación formal de la solicitud de contratación, la Dirección de Defensa Jurídica Internacional deberá enviar de forma previa la solicitud de contratación, el borrador de estudios previos y demás documentos, los cuales deberán estar estructurados con énfasis en la causal de

contratación directa que se invoca, con el fin de verificar que la documentación remitida por la dependencia solicitante se encuentre completa y cumpla con los requisitos legales vigentes. Los documentos previos deberán ser enviados en el correo electrónico único: precontractual@defensajuridica.com, quien designará un profesional del área para que, con el aval del Coordinador del Grupo de Gestión Contractual, en el transcurso de cinco (5) días hábiles se realice observaciones de tipo jurídico-contractual, y de ser el caso se evaluará la conveniencia de realizar mesas de trabajo para realizar los ajustes que correspondan.

El área solicitante deberá enviar entre otras cosas la solicitud de contratación, los Estudios Previos, el Análisis del Sector Económico de ser el caso, el CDP, Análisis de Riesgos y Matriz de Riesgos; y los documentos del cotizante seleccionado.

5.6.4.7.1.4 Trámite formal

Una vez realizado el trámite previo, esto es, cuando los documentos se encuentren debidamente revisados y ajustados, se procederá a radicar la solicitud de contratación en el Sistema de Gestión Documental, dirigida a la Secretaría General. Esta a su vez la remitirá al Grupo de Gestión Contractual, donde se encargará, al mismo profesional del área que adelantó el “trámite previo”, quien procederá a revisar nuevamente la documentación, con el fin de procurar que se encuentre completa y cumpla con los requisitos legales vigentes. En caso de no reunir lo anteriores requisitos, la documentación se devolverá formalmente a la dependencia solicitante para que sea complementada, actualizada o corregida.

5.6.4.7.1.4.1 Perfeccionamiento e inicio de ejecución del contrato

El profesional designado por el Grupo de Gestión Contractual, será el encargado de adelantar la gestión en la plataforma transaccional Secop II para lograr la respectiva contratación en línea conforme a la modalidad de contratación directa, establecida para el efecto en dicha plataforma.

El plazo de ejecución contractual se iniciará con el i) registro presupuestal; en caso de que se haya solicitado, con ii) la aprobación de la garantía única por parte del Coordinador del Grupo de Gestión Contractual de forma física y/o en la plataforma transaccional Secop II; y con iii) la firma del acta de inicio (de ser el caso).

En el evento de que no se hubiese requerido la constitución de garantías, el inicio de ejecución del contrato se realizará bien sea con la expedición del registro presupuestal y/o el acta de inicio (de ser el caso).

En los casos en donde no se requieran garantías, la Dirección de Defensa Jurídica Internacional, área interesada en la contratación, deberá justificar de forma expresa tal situación, la cual deberá verse plasmada en los estudios o documentos previos, y/o documentos de análisis del riesgo.

El profesional designado por el grupo de Gestión Contractual, se encargará de proyectar el documento de comunicación de supervisión o interventoría del contrato generado por la Entidad, el cual será suscrito por el Coordinador del Grupo de Gestión Contractual.

5.6.4.7.1.5 Solicitud de garantías

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo [2.2.1.2.1.4.5](#) del Decreto 1082 de 2015 “En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos [2.2.1.2.3.1.1](#) al [2.2.1.2.3.5.1](#) del presente decreto no es obligatoria y la justificación para

exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos”.

De esa forma, en los casos en los que, en criterio del área solicitante, no se requiera la constitución de garantías, el área técnica solicitante, deberá justificar de forma técnica, en los estudios y documentos previos, las razones jurídico-técnicas del porque no se hace necesaria la constitución de las mismas.

5.6.4.7.1.6 Régimen de responsabilidad

La Constitución Nacional artículo [90](#); la Ley 80 de 1993 artículos [50](#) al [59](#) y la Ley 1474 de 2011, entre otras, constituyen el marco legal aplicable relacionado con el régimen de Responsabilidad Contractual, de los contratistas del Estado.

5.6.4.7.1.6.1 Responsabilidad contractual de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La Entidad responderá por incumplimientos comprobados, hechos y omisiones que le sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas.

5.6.4.7.1.6.2 Responsabilidad contractual de las firmas extranjeras

Las firmas extranjeras responderán contractualmente por incumplimientos debidamente demostrados, para lo cual, cuando se evidencie la posibilidad de materialización de un posible incumplimiento, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo [86](#) de la Ley 1474 de 2011.

5.6.4.7.1.6.3 Responsabilidad profesional de los abogados de las firmas extranjeras

Respecto a las firmas extranjeras se aplicarán las normas de responsabilidad profesional previstas para la legislación del país de titulación del profesional encargado de la representación del caso particular.

5.6.4.7.1.6.4 Responsabilidad profesional de abogados colombianos

En el caso de participación de abogados colombianos, a estos se les aplicará el Código Disciplinario del Abogado esto es la Ley 1123 de 2007 de la República de Colombia.

5.6.4.7.1.6.5 Responsabilidad penal

Las firmas extranjeras de abogados y/o expertos que Interviene en la Contratación Estatal con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con la Agencia y, por lo tanto, independientemente del país de origen, estarán sujetos a la responsabilidad penal.

5.6.4.7.1.7 Régimen de inhabilidades o incompatibilidades y conflictos de interés contratación de firmas extranjeras

5.6.4.7.1.7.1 Inhabilidades o incompatibilidades

Cualquier posible conflicto de interés, inhabilidad o incompatibilidad, tal como está regulado por el artículo [80](#) y subsiguientes de la Ley 80 de 1993 de la República de Colombia y normas complementarias deberá ser notificado inmediatamente, tan pronto se tenga conocimiento del mismo al Director de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica

del Estado. En la notificación se informará sobre la norma que lo afecta y el hecho específico que contiene el conflicto, inhabilidad o incompatibilidad, para efectos de que la Entidad determine las actuaciones a seguir.

Pese a lo anterior, el contratista al momento de la suscripción del contrato, deberá manifiesta expresamente no se encontrarse bajo ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, contractuales o disciplinarias señaladas en la Ley [80](#) del 93, el Código Disciplinario del Abogado, así como tampoco de las que regulan la responsabilidad profesional en las jurisdicciones donde se encuentran habilitados para litigar.

5.6.4.7.1.7.2 Conflictos de intereses en la contratación de firmas extranjeras o expertos

Se entenderá por conflicto de interés toda situación que impida al “invitado a cotizar”, a tomar una decisión imparcial en relación con la ejecución del contrato; por tanto, no podrán suscribir contratos quienes directa o indirectamente se encuentren en cualquier situación que implique la existencia de un conflicto de intereses que afecte los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, o los principios de la función administrativa.

El conflicto de intereses es una institución de transparencia que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

Por consiguiente, no podrán suscribir contratos con la Entidad, las firmas extranjeras de abogados o expertos para la representación, asesoría o acompañamiento al Estado Colombiano ante los Tribunales arbitrales en materia de inversión que se encuentren en situaciones de conflicto de interés con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y/o que afecten los principios de la contratación administrativa.

Entre otros casos, y sin limitarse a ellos, se entenderá que se presenta conflicto de interés con la concurrencia de cualquier tipo de intereses antagónicos que pudieran afectar la transparencia de las decisiones en el ejercicio de la representación, asesoría o acompañamiento y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

Tampoco podrán participar en los procesos quienes directamente o cuyos integrantes, sus socios, o sus beneficiarios reales se encuentren en una situación de conflicto de interés con la Agencia.

Los interesados que presenten cotizaciones de servicios, deberán declarar bajo la gravedad de juramento que: (1) no están incurso en las mencionadas inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones legales; ni se encuentran incurso directamente, ni su equipo de trabajo y/o sus directivos en conflicto de intereses; (2) no se encuentran incurso en ninguna causal de disolución y/o liquidación, y (3) no se encuentra(n) adelantando un proceso de liquidación obligatoria, concordato o cualquier otro proceso de concurso de acreedores según la ley aplicable; dicha afirmación se entenderá prestada con la presentación de la propuesta.

5.6.4.7.1.8 Régimen de confidencialidad

La confidencialidad es un aspecto de importancia central en el manejo de la defensa del Estado en controversias internacionales de inversión, pues tiene como objetivo la protección de los intereses del Estado en la controversia internacional. Es importante tener en cuenta que la elaboración de estrategias de defensa estatal en las diferentes etapas del proceso de defensa jurídica es parte central del ejercicio de las funciones que el Decreto [915](#) de 2017 asignó a la Dirección de Defensa Jurídica Internacional y que involucra no solo a la ANDJE sino a las demás entidades públicas involucradas en la defensa de un caso particular.

En ese sentido, las firmas extranjeras de abogados y de expertos que representen o asesoren al Estado Colombiano en Tribunales Arbitrales por controversias en materia de Inversión, ni cualquier grupo de interés puede directa o indirectamente utilizar información privilegiada y confidencial de la entidad para sus propios intereses.

Igualmente, entre la firma y su cliente existe una clara relación profesional de confianza abogado-cliente, por lo cual la firma tiene el deber de guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.

En virtud de lo expuesto, la Entidad deberá velar porque los contratistas que tengan información privilegiada y reservada no la divulguen, utilicen indebidamente, publiquen o la den a conocer a terceros. Para esto será necesario incluir en las minutas contractuales, acuerdos de confidencialidad. Quienes incumplan estos acuerdos o compromisos de confidencialidad serán sancionados de acuerdo con el régimen disciplinario, sin perjuicio de las acciones penales y civiles si hay lugar a ello. Los acuerdos tendrán la duración que el área solicitante estime.

En ese sentido, los abogados de las firmas extranjeras y expertos que representen y asesoren a la Dirección de Defensa Internacional y por ende al Estado colombiano deberán guardar la confidencialidad sobre los documentos, informes y conceptos elaborados en desarrollo del objeto del contrato, así como de la estrategia de defensa del Estado colombiano, y someterlos únicamente a consideración del supervisor del mismo, del equipo de defensa o de aquellas personas que el supervisor autorice expresamente por escrito, obligación esta que se entiende aceptada con la cotización de servicios profesionales y la firma del contrato.

En caso de violación de la confidencialidad a que se obligan las firmas extranjeras de abogados o de expertos según sea el caso, Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo [91](#) de la Ley 906 de 2004, se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

5.6.4.7.1.8.1 Confidencialidad, reserva y atención de peticiones

Conforme lo establece el artículo [235](#) de la Ley 1450 de 2011, toda información que tenga como objeto el estudio de una controversia, así como el diseño y presentación de la defensa del Estado en una controversia internacional de inversión, tendrá carácter reservado y o confidencial.

Todo servidor público o contratista que conozca por cualquier medio relacionado con el ejercicio de sus funciones o actividades contractuales información relativa a una controversia internacional de inversión, tendrá el deber de guardar confidencialidad y de no divulgar tal información, so pena de las sanciones previstas en la ley.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través de la Dirección de Inversión extranjera

y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a través de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional, son las únicas entidades facultadas para proporcionar información oficial al público o a cualquier entidad o corporación pública u organización privada, a solicitud suya o de oficio, sobre cualquier aspecto relacionado con la negociación o defensa del Estado en este tipo de controversias según corresponda.

Cualquier documento que sea notificado o cualquier petición que se presente cualquier entidad pública en relación con una controversia internacional de inversión, deberá informarse y trasladarse inmediatamente a la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, y a la Dirección de Defensa Jurídica Internacional.

El acceso a la información relacionada con la atención de controversias internacionales de inversión tendrá la reserva y/o confidencialidad dispuesta en la ley.

En caso de violación de lo dispuesto por utilización indebida de información privilegiada se dará aplicación al artículo [18](#) de la Ley 1474 de 2011, que modificó el artículo [258](#) del Código Penal.

5.6.4.7.1.9 Aspectos presupuestales contratación firmas extranjeras

La ley Orgánica de Presupuesto, Decreto [111](#) de 1996, el Estatuto Tributario Decreto 624 de 1989, modificado por el Decreto Nacional 3258 de 2002 y las leyes 383 de 1997, 488 de 1998 y [863](#) de 2003 y demás normas y reglamentos, constituyen el marco legal aplicable desde el punto de vista presupuestal, contable y tributario derivado de la contratación de prestación de servicios de personas naturales y jurídicas en Colombia.

Para la contratación de firmas extranjeras de abogados y/o expertos, se aplicarán los principios del Sistema presupuestal, señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto, Decreto [111](#) de 1996, a saber: (i) la planificación; (ii) la anualidad; (iii) la universalidad; (iv) la unidad de caja; (v) la programación integral; (vi) la especialización; (vii) la inembargabilidad; (viii) la coherencia macroeconómica y la homeóstasis presupuestal.

En esta clase de contratación deberán tenerse en cuenta las disposiciones tanto externas como internas en materia presupuestal, tributaria, financiera y contable, de manera que el contrato que se pretende celebrar se ajuste al cumplimiento de las directrices de las entidades competentes, se realicen los estudios de mercado adecuadamente, se facilite el seguimiento de la ejecución del contrato y se registre y clasifique la información contable.

En este punto deberá incluirse la previsión del reintegro de los rendimientos financieros en la celebración del contrato respectivo, generados con los recursos transferidos por la entidad en los eventos en que la ley ha determinado dicha situación.

Igualmente deberá tenerse en cuenta el Régimen tributario aplicable en los casos de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con firmas nacionales y extranjeras, incluyendo aquellos países con quienes existan acuerdos de doble tributación a efectos de establecer los valores de los impuestos a pagar.

A efectos de establecer el cumplimiento de las obligaciones presupuestales, financieras, contables y tributarias se deberán efectuar las consultas respectivas al Grupo de gestión Financiera de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, acorde con lo señalado en el artículo [71](#) de Decreto 111 de 1996,

todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con:

a) Certificados de Disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

b) El Registro Presupuestal en el cual se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.

5.6.4.7.1.9.1 Concepto de sociedad extranjera

El artículo [21](#) del Estatuto Tributario señala que se consideran extranjeras las sociedades u otras entidades constituidas de acuerdo con leyes extranjeras y cuyo domicilio principal esté en el exterior.

5.6.4.7.1.9.2 Obligaciones en moneda extranjera

El artículo 79 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, establece: “Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta”.

5.6.4.7.1.10 Ley aplicable a los contratos suscritos con firmas extranjeras o expertos

En general, todo contrato que se celebre en Colombia pero que se ejecute en país extranjero, debe someterse a la normatividad nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo [40](#) de la Constitución Política, el cual señala que todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Razón por la cual, la regla general será que la ley aplicable será la ley colombiana.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso 3 del artículo [13](#) de la Ley 80 de 1993, señala que: “Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera”. De tal forma que la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden voluntariamente la aplicación del régimen jurídico extranjero para la ejecución contractual.

NOTAS LA FINAL:

1. “Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”.

2. Guía para la elaboración de lineamientos de contratación para la selección de contratistas para la defensa internacional de Colombia en materia de inversión.

3. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente disponible en [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf].



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

