



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

CARRILLAS

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES

*EFFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN Y
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
TIEMPOS DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19*



Fernando Carrillo Flórez

Procurador General de la Nación

Juan Carlos Cortés González

Viceprocurador General de la Nación

Iván Darío Gómez Lee

Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES

*EFFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN Y
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
TIEMPOS DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19*

¿ PARA QUÉ ES LA CARTILLA?

Contribuye con medidas de intervención y vigilancia

a promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para resolver problemas y contribuir a la continuidad de los servicios del Estado relacionados con la contratación pública.

Promueve el entendimiento entre las partes en los contratos con recursos públicos, uno de los factores de mayor impulso en la actividad económica y de activación de sectores productivos.

Fortalece la gestión de recursos públicos en la actividad contractual en todas sus tipologías y regímenes jurídicos, toda vez que impacta la función pública, la función administrativa, la prestación de servicios públicos y de los servicios públicos domiciliarios.

Adopta medidas de control y solución contractuales oportunas ante la pandemia para reducir los agudos efectos que tiene la crisis actual sobre el bienestar de la población y la capacidad productiva, no obstante esta cartilla también es aplicable en tiempos de normalidad.

Defiende los derechos de la ciudadanía a que los recursos públicos sean bien utilizados y a que los controles sean oportunos evitando que su ausencia genere ineficiencia o su indebida aplicación.

Divulga la gestión digital de las conciliaciones por medio de un expediente electrónico con audiencias y mesas de trabajo por medios virtuales.



¿QUÉ PROBLEMAS SOLUCIONA? SOLUCIONA?

MAPA DE TIPOS DE CONFLICTOS LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, DESDE LA JURISPRUDENCIA, LAS CONCILIACIONES, LOS LAUDOS Y CASOS EN ENTIDADES PÚBLICAS

1. Equilibrio económico del contrato: alteración de la conmutatividad del contrato y contratos adicionales.
2. Caducidad y otras formas de terminación anormal del contrato: procedencia y efectos.
3. Incumplimiento y multa: el cambio normativo y el debido proceso.
4. Hecho del príncipe y teoría de la imprevisión. Alcance del monto de la indemnización en esos casos.
5. Medio de control ante la decisión de la administración de negarse a continuar con un trámite de asociación pública privada de origen privado.
6. Nulidad del contrato por inexistencia de apropiación presupuestal, violación de norma superior (Decreto 111 de 1996).
7. Facultades unilaterales y potestades sancionatorias en los contratos estatales sujetos al régimen del derecho privado.
8. Enriquecimiento sin justa causa: actio in rem verso: casos y los llamados hechos cumplidos.
9. Acciones populares en materia contractual. Alcances de los poderes del juez popular.
10. Contratos celebrados por y para la corrupción. Nulidad absoluta del contrato.
11. Subsancibilidad de las ofertas: reglas de procedencia y límites.
12. Anulación de laudos arbitrales: causales y criterios restrictivos.
13. Contratación de prestación de servicios: posibilidades y excesos (violación de principios y vicios de nulidad), demandas laborales.
14. Convenios interadministrativos: violación del principio de selección objetiva.
15. Aplicación del principio de favorabilidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria contractual.
16. Indemnización por vulneración al derecho a ser adjudicatario cuando se acredita por el contratista que se tenía la mejor oferta.
17. Restituciones mutuas en eventos de declaratoria de nulidad del contrato estatal por objeto o causa ilícita.
18. Nulidad absoluta del contrato estatal por objeto ilícito como consecuencia de la inobservancia o vulneración del principio de planeación por la entidad contratante.

¿QUÉ PROBLEMAS SOLUCIONA? SOLUCIONA?

MAPA DE TIPOS DE CONFLICTOS LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, DESDE LA JURISPRUDENCIA, LAS CONCILIACIONES, LOS LAUDOS Y CASOS EN ENTIDADES PÚBLICAS

19. Actos administrativos contractuales que pueden ser revisados en sede de tribunales de arbitramento. Diferencias entre contratos estatales en sentido estricto y contratos estatales sujetos al régimen de derecho privado.
20. Cumplimiento de medidas anticorrupción en procesos de selección, celebración y ejecución de contratos estatales, para efectos de la responsabilidad y las indemnizaciones.
21. Legalidad de cláusulas de terminación unilateral anticipada de contrato, pactadas en contratos estatales sujetos a un régimen de derecho privado.
22. Alcance de la aplicación de los principios de la función administrativa en los contratos estatales sujetos al régimen de derecho privado.
23. Valoración de prueba testimonial para demostrar la existencia del contrato estatal en los eventos en que se pretende la declaratoria de su existencia.
24. Aplicación del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la publicación en el SECOP de la parte resolutive de laudos arbitrales que hagan referencia a actos que impongan multas o declaren el incumplimiento del contrato y que se encuentren debidamente ejecutoriados.
25. Prueba del contrato estatal y aplicación del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 en contratos sujetos al régimen del derecho privado celebrados por entidades estatales.
26. Aplicación del inciso tercero de artículo 9 de Ley 1150 de 2007, en cuanto a la irrevocabilidad del acto de adjudicación cuando se acude a la modalidad de selección de mínima cuantía.
27. Aplicación y ejecución unilateral de cláusulas de multas o declaratorias de incumplimiento para cobro de cláusula penal pecuniaria, en contratos interadministrativos.
28. Revocatoria directa del acto de apertura de un proceso de selección. Acto administrativo de carácter particular o de carácter general.
29. Responsabilidad de la entidad contratante ante el pacto de cláusulas abusivas en el contrato estatal.
30. Efectos de la notificación del acto de liquidación unilateral a la aseguradora del contrato.
31. Alcance de la vinculatoriedad de los garantes ante la declaratoria de siniestros en el marco de la relación contractual y el llamamiento en garantía de las aseguradoras en los procesos de responsabilidad contractual.
32. Aplicación de la excepción de contrato no cumplido ante situaciones de incumplimiento por parte de la entidad contratante.

SITUACIONES IDENTIFICADAS CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA

1. Suspensión de los contratos y modificación de las fechas previstas para la finalización de las obras y consultorías afectando el cumplimiento del cronograma de ejecución previsto, donde con los mismos recursos inicialmente destinados para el proyecto se disminuyeron los niveles de avance de obra por efecto de la medida excepcional de aislamiento preventivo obligatorio.

2. Implementación de Protocolos de Bioseguridad que repercute en el bajo rendimiento en cronogramas de trabajo, reprogramación de contratos, necesidades de mayor presupuesto, necesidad de disminuir el alcance de los contratos, así como las solicitudes de reconocimiento de los costos directos por efectos de dicha implementación por parte de los contratistas.

3. Disminución de puestos de trabajo en los frentes de obra por efecto de posibles contagios dentro del personal adscrito a los proyectos. Ante casos de sospecha o positivos para el virus se deben aislar en forma inmediata tanto el portador como a todo el personal que haya estado en contacto con él, generando un impacto por mayores de costos asociados al pago de nómina de dicho personal.

4. Incremento en costos de personal extra o adicional requerido para reforzar los equipos de trabajo en campo, para el cubrimiento de las actividades de quienes deben acatar el aislamiento sin excepción, o para apalancar la continuidad en la ejecución de aquellos contratos no suspendidos.

Este ítem incluye costos adicionales para atender la logística de traslado y permanencia del personal en sitio no presupuestado antes de la emergencia sanitaria.

5. Stand By de maquinaria durante la suspensión, sobrecostos en repuestos e insumos para su mantenimiento requerido para el reinicio posterior, sobrecostos de administración e incrementos de precios de materiales y mano de obra por baja disponibilidad de los mismos, asociada al aislamiento preventivo obligatorio.

6. Mayores costos no previstos en los presupuestos de obra inicialmente contratados, disminución del alcance de los contratos y necesidad de reconocimiento de los costos directos en que incurren los contratistas para garantizar la implementación de los Protocolos de Bioseguridad definidos por los Ministerios de Salud y Protección Social, Trabajo y Transporte; INVÍAS como

contratante e incluso en acatamiento de las disposiciones impartidas por las autoridades a nivel territorial en los sitios de ejecución de las obras.

7. Retraso en el reinicio de las actividades de obra, ante las validaciones por parte de las ARL de los Protocolos de Bioseguridad de conformidad con lo dispuesto en la normatividad dispuesta a nivel nacional y territorial, y tiempos de expedición de los respectivos permisos para el traslado e ingreso del personal a la obra.

8. Redistribución de costos en los contratos por el reconocimiento de insumos mínimos requeridos para la implementación de los Protocolos de Bioseguridad, en algunos casos con posible incidencia en la meta física del proyecto.

9. Aislamiento obligatorio de catorce (14) días para el personal foráneo, como es el caso puntual de los contratos de consultoría que demandan la presencia de especialistas, quienes deben permanecer en cuarentena antes de ingresar al sitio del proyecto por expresa disposición de la autoridad local, generando costos adicionales y retraso en los tiempos establecidos para las actividades e incremento en los costos de operación.

10. Impacto directo en el presupuesto por efecto de la reducción en la facturación por la suspensión y reactivación progresiva de los contratos, lo cual no permite la ejecución de los recursos de reserva y vigencia según lo programado, generando de esta manera un posible fenecimiento de la reserva presupuestal 2019 y sobrepasando el porcentaje establecido de constitución de la reserva presupuestal 2020 a ejecutar en la vigencia 2021.

11. Impacto económico por la suspensión del cobro de peajes correspondiente a la disminución de los ingresos propios que estaban proyectados y presupuestados para ingresar a la entidad, sustentados en el histórico promedio. Esto afecta las inversiones que se tenían previstas realizar en las vías ubicadas en esos departamentos del territorio colombiano de acuerdo con lo estipulado al artículo 22 de la Ley 105 de 1993, sino la retribución a los concesionarios que tienen a cargo estos contratos de recaudo en la entidad.

12. Aplicación de la fuerza mayor y de la teoría de la imprevisión en los contratos celebrados antes de la pandemia, en aquellos en ejecución al momento de la pandemia y aquellos que se celebran con posterioridad a la pandemia. Estudio de la debida diligencia en esas situaciones.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

UNA GUÍA QUE CONTRIBUYE CON SOLUCIONES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

Inspira esta cartilla la necesidad de contribuir a cumplir con los fines de la contratación estatal, que es en últimas el cumplimiento de las finalidades estatales. Contribuir igualmente a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de la ciudadanía.

Para ello la necesidad de guiar para fortalecer los mecanismos alternativos de solución de conflictos que permitan de manera ágil resolver las controversias contractuales que se generen por situaciones económicas y sociales, en especial, en las situaciones ocasionadas por la pandemia por la propagación del virus Covid 19, sin excluir otras necesidades de solución de controversias.

SOLUCIONAR LA CONTROVERSIA ES EFICIENCIA PARA LOS RECURSOS PÚBLICOS Y PREVIENE EL DAÑO

Es indispensable solucionar la controversia ello genera eficiencia en el uso de los recursos públicos y evita el daño o menoscabo al patrimonio público. Así, al acudir a mecanismos alternativos de solución de las controversias, de carácter extrajudicial. Igualmente, para buscar conciliaciones a la controversias que ya se tramitan ante la justicia o en tribunales arbitrales.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS – MASC -

- **CONCILIACIÓN**
- **AMIGABLE COMPOSICIÓN**
- **MEDIACIÓN**
- **CONTRATO DE TRANSACCIÓN**
- **ARBITRAJE**
- **PANEL DE EXPERTOS**

Estos mecanismos sin limitar otros que provengan de la libre autonomía de la voluntad dentro de la moralidad administrativa, con un desarrollo integral e interinstitucional eficiente, eficaz y económico.

LAS PROCURADURÍAS DE INTERVENCIÓN: CONFIANZA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Las Procuradurías de Intervención Administrativa pueden contribuir a generar condiciones de confianza que permitan llegar a acuerdos que resuelvan las controversias contractuales con celeridad, mediante una articulación interinstitucional que brinde seguridad jurídica a las partes con certeza, efectividad, economía y legitimidad.

Estas negociaciones para la conciliación se podrán realizar con la colaboración de expertos y organizaciones públicas o privadas.



LA CONCILIACIÓN CON LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Las partes de un contrato estatal podrán acudir a negociaciones para llegar a punto de conciliación, ello para solucionar problemas o controversias contractuales, para tal fin, podrán contar con facilitadores de este proceso en el marco de las mesas de trabajo o reuniones.

De llegar a punto de conciliación se lleva a cabo una audiencia en la Procuraduría General de la Nación ante un procurador. Podrán asistir en calidad de invitados funcionarios de la Contraloría General de la República para efectos del control concomitante en virtud del Decreto Ley 403 de 2020 artículo 66.

PARÁMETROS UNIFORMES DE IMPACTO Y BUENAS PRÁCTICAS

Ante las controversias que se presenten en la ejecución de los contratos estatales o que se celebren con recursos públicos, pueden surgir problemáticas iguales, comunes, uniformes, similares o análogas, razón por la cual resulta conveniente promover, diseñar e implementar fórmulas tipo o estándar que contengan patrones equivalentes o semejantes de solución o remedio. Cada solución exitosa de una controversia deja un valioso aprendizaje como buena práctica.

NEGOCIACIÓN v.s LITIGIO Y EL ROL DEL ABOGADO

Para Monstserrat Villarij Ph^d en asuntos de negociación "La base de una correcta toma de decisiones en los procesos de negociación de disputas legales reside en buena medida en contar con la información precisa.

(...)

En ocasiones, el cliente quiere negociar, pero el abogado después de llevar a cabo las valoraciones pertinentes estima que, previamente, le convendría aumentar su poder de negociación frente a la otra parte".

PROMOVER ESTRATEGIAS NEGOCIADORAS

Según Juan Pablo Villa experto en negociación, "la estrategia negociadora para resolver un conflicto es útil y adecuada cuando se da la mayoría de las siguientes soluciones:

- Es posible un acuerdo porque permite a cada uno estar mejor que sin el acuerdo
- Se puede conseguir un acuerdo donde ambos ganen y es factible lograrlo
- Existe una alta dependencia entre las partes en conflicto que nos obliga a un alto grado de cooperación
- Hay suficiente poder y equilibrio entre las partes
- Y, por ultimo tenemos suficiente tiempo y energía para iniciar el proceso negociador"



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION



Cuadro de Juan Pablo Villa

EL CORAZÓN DE LA NEGOCIACIÓN

LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN 5 ESTAPAS



VÍAS: Lealtad Procesal - Dispositivos Redes de Actuación - Reglas del juego claras - Intervención eficaz y real para aprobarla

ENTIDADES CONTRATANTES O CONTRATISTAS

Desarrollar las disposiciones de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la colaboración de asociaciones profesionales, Cámaras de Comercio y en materia de solución de controversias (artículos 25-5, 66 a 68 de la Ley 80 de 1993).

Promover un marco de solución de controversias para las entidades del Estado con participación de recursos estatales y para organizaciones privadas que por disposición de la ley manejan o administran recursos públicos, como lo son, entre muchas otras, las entidades que manejan recursos parafiscales, las cuales requieren de medios legales para resolver de manera ágil las controversias contractuales.

Esas entidades carecen de fuentes aplicables para la solución de controversias contractuales. Su régimen de derecho privado lo autorizan los artículos 2, 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 489 de 1998. Son regímenes contractuales que carecen de reglas y fuentes para la solución de controversias, por lo tanto, pueden acudir al derecho privado y a la autonomía de la voluntad. Ello con un aspecto normativo muy importante y es que la Constitución Política establece la aplicación de principios en sus asuntos contractuales.

CONCILIACIÓN Y MASC - EXPEDIENTES DIGITALES Y AUDIENCIAS VIRTUALES

El régimen legal de los mecanismos alternativos de solución de controversias está previsto en la Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009, Ley 1367 de 2009 y Ley 1563 de 2012, entre otras.

Para la aplicación de este régimen en la WEB y la gestión digital de las conciliaciones y los MASC ante la Procuraduría, las entidades y la ciudadanía pueden ingresar a la página web <https://www.procuraduria.gov.co/portal/> y en el siguiente link https://www.procuraduria.gov.co/portal/conciliacion_extrajudicial_contencioso_administrativa.page y tiene tres referentes:

- Estrategia para la Efectividad. La Compilación + MASC. Seguridad Jurídica en la Solución de Conflictos
- 36 Preguntas y respuestas frecuentes ante la conciliación
- El ABC de la conciliación administrativa en tiempos del COVID

ORGANISMOS DE CONTROL

En cuanto a los organismos de control su régimen es de orden constitucional y legal: para la Procuraduría General de la Nación en los artículos 118, 277 y 278 de la Constitución Política y el Decreto Ley 262 de 2000, y, para la Contraloría General de la República los artículos 119, 267 y 269 de la Constitución Política y los Decretos Ley 267 de 2000 y 403 de 2020.

El mandato constitucional de la procuraduría es Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (art. 277-7). Igualmente, el mandato de la Contraloría General de la República es la vigilancia a la gestión fiscal para determinar el grado de eficiencia, eficacia y económica con que se haya obrado (art. 268-2)

Para la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa y los Procuradores Judiciales de Intervención Administrativa su marco normativo está previsto en el inciso del artículo 116 que se refiere expresamente a los procuradores delegados como representantes del Ministerio Público, y a las atribuciones legales del Decreto Ley 262 de 2000 y la Ley 1367 de 2009 y las competencias que le asigna las resoluciones y directivas que expide el Procurador General de la Nación.

Según el artículo 5° de esta última ley las competencias legales de esta procuraduría delegada son las siguientes:

- Promover los acuerdos de conciliación en todas las modalidades de pretensión cuando sean procedentes de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente; y adelantar los procesos de validación y audiencias.
- Propender por la reconsideración de los comités de conciliación si fuere necesario e intervenir en defensa de los acuerdos cuando fueren impugnados.
- Compulsar las copias pertinentes y conducentes si hubiere lugar a determinar conductas disciplinables o responsabilidades fiscales o penales de los servidores públicos o de particulares.
- Diseñar y adelantar los programas correctivos a fin de prevenir situaciones estructurales generadas por las administraciones públicas lesivas al interés y el patrimonio público.
- Adelantar las campañas necesarias para fortalecer el conocimiento de los deberes y derechos que se generen por las relaciones entre el Estado y los particulares.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL DERECHO, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO Y COMITÉS DE CONCILIACIÓN

El Ministerio de Justicia y del Derecho es el organismo de política pública y de regulación en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado según la Ley 1444 de 2011 tiene el mandato legal de resolver las controversias atendiendo al interés del Estado

Toda vez que para el gobierno nacional una instancia para resolver de forma oportuna los conflictos del Estado en contratación pública, es la de los comités de conciliación que para asuntos de importancia y trascendencia social, Decreto 1069 de 2015, se derivan de este decreto acciones de control especiales para dar agilidad y eficiencia a tales comités.

DESDE LA CONSTITUCIÓN LAS SOLUCIONES

La participación de los organismos de control constitucionales, que vigilan la debida aplicación de valores y principios de la Carta de 1991, pueden propiciar la mejor aplicación de los MASC.

En consecuencia, para asegurar la continuidad del servicio público y del contrato, son aplicables principios como: la buena fe, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la seguridad jurídica y la proporcionalidad.

Seguramente con la Constitución en la mano solucionamos problemas y controversias.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

CAJUTILLA

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES

*EFFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN Y
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
TIEMPOS DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19*