UNIDAD DE GESTIÓN GENERAL

ASPECTOS JURÍDICOS

Prestación de servicios profesionales para realizar el cálculo actuarial del pasivo de beneficios a empleados a largo plazo de la Unidad de Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional a 31 de diciembre de 2021 y su variación con respecto al cálculo actuarial a 31 de diciembre de 2020.

1. COMPETENCIA CONTRACTUAL:

Dirección Administrativa, competencia asignada en la Resolución de Delegación No. 068 del 11 de enero de 2022, para realizar todo tipo de contratos cuya cuantía no exceda la suma de 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO A CELEBRAR:

Prestación de servicios profesionales

3. LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA, INCLUYENDO LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SOPORTAN SU ELECCIÓN:

La Modalidad de selección es la **Contratación Directa**, contemplada en el numeral 4 literal h) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 *"Contratación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión"* (...)

En virtud de las normas citadas, las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa, sin que sea necesario la obtención previa de varias ofertas, 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**; situación que se encuentra debidamente corroborada en el estudio previo técnico realizado por el área solicitante de la contratación, en donde establecen que el futuro contratista demostró la idoneidad y/o experiencia requerida y relacionada con el objeto del contrato a celebrar.

Sobre la procedencia de la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.8.4.4.5 y siguientes del Decreto 1068 de 2015 del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, señalan que solo se celebrarán los contratos que sean estrictamente necesarios para coadyuvar al cumplimiento de las funciones y fines de cada entidad, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados".

Por su parte el artículo 3." Contratación de personal para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, del Decreto 371 de 2021 "Por el cual se establece el Plan de Austeridad del Gasto 2021 para los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación", establece que las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación deben realizar una revisión previa y rigurosa de las razones que justifiquen la contratación de personal para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.
Dichas condiciones de revisión de la justificación y necesidad de la contratación, se encuentran soportadas en la descripción de la necesidad señalada en el estudio previo técnico y en los argumentos expuestos en las certificaciones expedidas por el área solicitante y la certificación de la Direccion de Gestión del Talento Humano.

En cuanto al objeto y/o finalidad de los contratos de prestación de servicios, en Sentencia de Unificación Radicación: 11001032600020110003900 (41719) *"Alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión"* del 2 de diciembre de 2013, el Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, señaló entre otras cosas que:

> *(…) 93.- Se puede afirmar, sin lugar a mayor dubitación, que la realidad material de las expresiones legales "…para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión…" engloba necesariamente una misma sustancia jurídica: la del contrato de prestación de servicios definido en el artículo 32 No. 3 de la ley 80 de 1993 y que no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas.*
>
> *94.- En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales*

En armonía con lo anteriormente citado, el Consejo de Estado en Sentencia del 15 de noviembre de 2018. Rad: 25000-23-42-000-2014-00759-01(4967-15) Consejero ponente: William Hernández Gómez, ha considerado que:

"El contrato de prestación de servicios tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal".

4. LA CRITERIOS JURÍDICOS PARA SELECCIONAR LA OFERTA MÁS FAVORABLE

De conformidad con lo reglado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, y a lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 *"Ofrecimiento más favorable"*, los mismos no son aplicables para la contratación directa.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.4.9., del Decreto 1082 de 2015, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas para seleccionar el contratista de una contratación directa de prestación de servicios profesionales, por lo que se establece como factor de selección la idoneidad y experiencia relacionada con el objeto a contratar, criterios los cuales fueron revisados, analizados y sustentados por el área usuaria que solicita la contratación, a través del estudio previo técnico y sus soportes documentales

que hace parte integral del presente estudio previo jurídico.

Sin embargo, los criterios jurídicos a verificar en la contratación directa, prestación de servicios profesionales, están relacionados con la capacidad legal y jurídica de la persona natural o jurídica a contratar, verificando la documentación exigida para el ejercicio de la profesión que ostenta y los antecedentes sobre inhabilidades e incompatibilidades.

5. ANÁLISIS DE RIESGOS Y LA FORMA DE MITIGARLO

El artículo 2.2.1.1.1.6.3 "Evaluación del riesgo" del Decreto 1082 de 2015, ibídem, prescribe que "La entidad estatal debe evaluar el riesgo que el proceso de contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente", y el artículo 2.2.1.1.2.1.1 "Estudios y documentos Previos", numeral 6, señala que los estudios previos deben contener el análisis del riesgos, y la forma de mitigarlo.

Así mismo, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.5.2 "Estándares y documentos tipo", ibídem, Colombia Compra Eficiente expidió el 10 de diciembre de 2013 el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación (Versión M-ICR-01).

De conformidad con lo anterior, en cuanto a los riesgos desde la perspectiva jurídica se contempla lo siguiente

Nº	CLASE	FUENTE	ETAPA	TIPO	DESCRIPCIÓN (que puede pasar y, como puede ocurrir)	CONSECUENCIA DE LA OCURRENCIA DEL EVENTO	PROBABILIDAD	IMPACTO	VALORACION DEL RIESGO	CATEGORIA	¿A QUIEN SE LE ASIGNA?	TRATAMIENTO/ CONTROLES A SER IMPLEMENTADOS	IMPACTO DESPUES DEL TRATAMIENTO				¿AFECTA LA EJECUCION DEL CONTRATO?	PERSONA RESPONSABLE POR IMPLEMENTAR EL TRATAMIENTO	FECHA ESTIMADA EN QUE INICIA EL TRATAMIENTO	FECHA ESTIMADA EN QUE SE COMPLETA EL TRATAMIENTO	MONITOREO Y REVISION	
													PROBABILIDAD	IMPACTO	VALORACION DEL RIESGO	CATEGORIA					¿COMO SE REALIZA EL MONITOREO?	PERIDIOCIDAD ¿Cuándo?
1	General	Externo	Ejecución	Riesgo Regulatorio	Reformas legales o reglamentarias durante la ejecución del contrato	Afectación de la ecuación económica del contrato	Improbable (2)	Moderado (3)	5	Riesgo medio	Ministerio de Defensa Nacional – Unidad de Gestión General y Contratista	Establecer junto con el contratista el mecanismo de ajuste frente a la ocurrencia del riesgo	Raro (1)	Moderado (3)	4	Riesgo bajo	Si	Ministerio de Defensa Nacional – Unidad de Gestión General	Desde la suscripción y publicación del contrato, emisión del certificado de registro presupuestal y aprobación de las garantías.	Hasta la terminación del contrato	Seguimiento al cambio de regulación	En la ocurrencia del hecho

2	General	externo	Ejecución	Riesgo Regulatorio	Actos de autoridad o cualquier medida legal que afecte los bienes del contratista y que afecten el contrato	Afectación en la ejecución del contrato	Improbable (2)	Moderado (3)	5	Riesgo medio	Contratista	El contratista deberá tomar las medidas para controlar y minimizar su impacto	Raro (1)	Moderado (3)	4	Riesgo bajo	Si	Contratista	Desde la suscripción y publicación del contrato, emisión del certificado de registro presupuestal y aprobación de las garantías.	Hasta la terminación del contrato	El Contratista deberá informar al Supervisor del Contrato, indicando las medidas que tomará al respecto.	Dentro de los 3 días siguientes a la ocurrencia del hecho
3	General	externo	Selección	Legal	No firma del contrato dentro del término establecido para ello.	Retraso en la contratación, en consecuencia retrasos en las funciones misionales de la entidad	Probable (2)	Mayor (4)	Riesgo Alto	Alta	Proponente Adjudicatario	Requerir al contratista para que suscriba el contrato o solicitar una Nueva Contratación. La Entidad deberá acudir a los mecanismos legales establecidos	Raro (1)	Moderado (3)	4	Riesgo bajo	Si	Contratista y Entidad	Desde la suscripción y publicación del contrato, emisión del certificado de registro presupuestal y aprobación de las garantías.	Hasta la terminación del contrato	La Entidad deberá verificar que el proponente adjudicatario cumpla con sus obligaciones dentro del plazo fijado en el cronograma del proceso	En el periodo comprendido entre la adjudicación y la firma del contrato
4	General	externo	Selección	Legal	Que el contratista no allegue las garantías que requiera el contrato	Retraso en La contratación, en consecuencia retrasos en las funciones misionales de la entidad	General	externo	Selección	Legal	Que el contratista	Requerir al contratista para que allegue la póliza a través del SECOP II O, iniciar el debido proceso para dar cumplimiento a la seriedad de la oferta y/o multas establecidas en el contrato por no cumplimiento de la garantía	Raro (1)	Moderado (3)	4	Riesgo bajo	Si	Contratista y Entidad	Desde la suscripción y publicación del contrato, emisión del certificado de registro presupuestal y aprobación de las garantías.	Hasta la terminación del contrato	La Entidad deberá requerir al contratista para que allegué las garantía solicitadas en el contrato, so pena de iniciar debido proceso	Dentro del término establecido en el contrato.

6. ANALISIS DEL SECTOR DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL

En el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1., se establece que, le corresponde a la Entidad efectuar el análisis del sector de servicios al cual pertenece la necesidad que se pretende satisfacer.

Dentro de los lineamientos expedidos por Colombia Compra Eficiente, para la elaboración de los estudios del sector, en tratándose de Contratación Directa, se señala que el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Entidad Estatal contratar el bien o servicio con el aspirante correspondiente, la forma como se acuerda la entrega de bienes o servicios, los plazos, cantidades contratadas, forma de pago y de entrega y en general demás condiciones previstas por las partes.

Para efecto de análisis, el presente proceso pertenece al Macro sector Servicios, Sector actividades profesionales, científicas y técnicas, lo anterior toda vez que en la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, no se producen bienes materiales, sino que corresponde a aquellos de naturaleza intelectual que se requieren para el cumplimiento de funciones de la entidad, los cuales pueden ser provistos por persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato.

Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato.

En Colombia la regulación del ejercicio de las profesiones solicitadas tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991, art. 26 el cual establece que toda persona es libre de escoger profesión u oficio. En este sentido la ley para los perfiles requeridos exige títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de estas profesiones.

Adicional al mencionado artículo se presenta la normatividad más relevante para el ejercicio profesional en Colombia, así:

- Constitución Política, Artículo 67. Establece que la Educación Superior es un servicio público, tiene una función social. Artículo 69, garantiza la autonomía universitaria.
- Ley 30 de 1992. Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior. Artículos 53, 54 y 55. Creación del Sistema Nacional de Acreditación.
- Ley 1188 de 2008. Por la cual se regula el registro calificado de programas de educación superior y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 1655 de 1999. Por la cual se crea la Orden a la Educación Superior y a la Fe Pública "Luis López de Mesa"
- Decreto 2566 de 2003. Por el cual se establecen las condiciones mínimas de calidad y demás requisitos para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos de educación superior y se dictan otras disposiciones. Artículo 39.

El contrato por suscribir se encuentra regulado en las normas civiles y comerciales vigentes, en todo aquello que no esté regulado en la Constitución Política de Colombia de 1991, Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto Ley 19 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios, asociaciones y las principales asociaciones o gremios.

De análisis del estudio técnico, se evidencia que en principio el marco normativo que regula la necesidad que se pretende satisfacer, es el contenido en la Resolución No. 533 de 2015, y sus modificatorias, "Por la cual se incorpora, en el régimen de contabilidad pública, el marco normativo aplicable a entidades de gobierno y se dictan otras disposiciones" la cual establece en el numeral 5 BENEFICIOS A LOS EMPLEADOS, Capítulo II PASIVOS, las normas para el reconocimiento, medición, revelación y presentación de los hechos económicos y, la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad en el Sector Público, la cual establece en el numeral 5 BENEFICIOS A LOS EMPLEADOS, Capítulo II PASIVOS, las normas para el reconocimiento, medición, revelación y presentación de los hechos económicos.

De lo anterior se evidencia que es una necesidad para el Ministerio de Defensa Nacional, como entidad empleadora, la elaboración del cálculo actuarial del pasivo de beneficios a empleados a largo plazo, en razón a que el reconocimiento, revelación y actualización del cálculo actuarial de beneficios a empleados a cargo de las entidades responsables de los mismos, deben atender la realidad de dichas obligaciones y propender por su financiación.

De conformidad con lo expuesto, y teniendo en cuenta que el Ministerio de Defensa Nacional, debe cumplir con la obligación legal de reconocer el pasivo de los beneficios a los empleados a largo plazo en los Estados Financieros, al finalizar la vigencia, se justifica y se hace necesario adelantar el presente proceso de contratación.

En cuanto al sector en el que se enmarca la presente contratación, encontramos que los cálculos actuariales de los pasivos pensionales han sido normalmente realizados por profesionales independientes y últimamente

por unas pocas empresas especializadas en el tema pensional y actuarial. Tradicionalmente los estudios actuariales se dirigían a la sección de los seguros comerciales, hasta que con la Ley 100/93 la Seguridad Social hizo obligatoria la cuantificación de los Pasivos Pensiónales, los cuales necesariamente tienen que pasar por procesos técnicos de creación de bases de datos de información pensional y definición financiera del impacto para las empresas del reconocimiento de derechos pensiónales, frente a regímenes generales o especiales.

El hecho de que un Cálculo Actuarial tenga como referencia un determinado régimen pensional, hace que un consultor experto en temas actuariales, conozca el régimen de excepción al que se encuentran vinculados los integrantes de la Fuerza Pública.

Por lo anterior es necesario que el cálculo actuarial del pasivo de beneficios pos-empleo y del pasivo de beneficios a empleados a largo plazo de la fuerza pública a 31 de diciembre de 2021, y sus variaciones con respecto a los cálculos actuariales a 31 de diciembre del 2020 sea realizado por una persona natural o jurídica que no solo cuente con la experiencia requerida sino con el conocimiento específico del sector.

Dada la complejidad de la Ley y sus decretos reglamentarios, el sector de personas y empresas que realizan cálculos actuariales de pasivos pensiónales es sumamente especializado y de muy pequeña oferta.

En cuanto a la normatividad en materia contractual, se tiene que para el presente proceso de selección y del contrato que se derive del mismo, el marco normativo está conformado por la Constitución Política, las Leyes: 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1882 de 2018, 1474 y 1437 de 2011, Ley 1753 de 2015; Decreto 1082 de 2015, Decreto Ley 019 de 2012 y su Decreto aclaratorio 0053 de 2012, las normas orgánicas del presupuesto, las disposiciones cambiarias, el Estatuto Tributario, la Ley 789 de 2002, la Ley 816 de 2003, modificada por el Decreto Ley 019 de 2012, si aplica, Decreto-Ley 4170 de 2011, Ley 2069 de 2020 y, las demás normas concordantes con la materia, que rijan o lleguen a regir los aspectos del presente proceso de selección, así como por los documentos que conforman la oferta de futuro contratista.

De acuerdo con la ley Colombiana, las normas actualmente vigentes se presumen conocidas por el contratista.

De acuerdo con el estudio previo técnico, la persona jurídica **HABITUDES S.A.S.,** cuenta con la documentación exigida para cumplir el servicio y sin inhabilidades, sanciones o incompatibilidades conocidas o declaradas para suscribir el contrato, información corroborada al momento de la suscripción el presente estudio previo.

7. GARANTÍAS A EXIGIR EN EL PROCESO DE CONTRATACION

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, **El CONTRATISTA** deberá constituir la Garantía de Cumplimiento a favor del **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - UNIDAD DE GESTIÓN GENERAL – DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA**, NIT. 899.999.003-1, a través de un contrato de seguro contenido en una póliza, o a través del patrimonio autónomo, o a través de garantía bancaria, que cubra los siguientes amparos:

a) **CUMPLIMIENTO GENERAL DE LAS OBLIGACIONES:** Por el veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo de ejecución y cuatro (4) meses más, y de las prórrogas a este plazo si las hubiere.

b) **CALIDAD DEL SERVICIO:** Por el diez por ciento (10%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo de ejecución y seis (6) meses más y de las prórrogas a este plazo si las hubiere.

c) **PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES:** En cuantía equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, con vigencia igual al plazo de ejecución del mismo y tres (3) años más, y de las prórrogas si las hubiere.

PARÁGRAFO PRIMERO. - En la garantía de cumplimiento deberá constar expresamente que se ampara el cumplimiento del contrato, las modificaciones unilaterales y de común acuerdo que a ello se le introduzcan, el pago de las multas y de la cláusula penal pecuniaria convenidas y si se trata de garantía **diferente** a una póliza de seguro se entiende que la entidad aseguradora renuncia al beneficio de excusión.

8. LA INDICACIÓN DE SI LA CONTRATACIÓN RESPECTIVA ESTÁ COBIJADA POR UN ACUERDO INTERNACIONAL O UN TRATADO DE LIBRE COMERCIO VIGENTE PARA EL ESTADO COLOMBIANO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.1 numeral 8 DEL DECRETO 1082 DE 2015.

No aplica para la modalidad de contratación directa las obligaciones de los acuerdos internacionales, de conformidad con lo señalado en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en procesos de contratación, expedido por Colombia Compra Eficiente.

Bogotá D.C., 26 de enero de 2022

JULIETH ISADORA VANEGAS D.
Elaboró
Abogado Grupo Adquisiciones

SANDRA LILIANA ROJAS PAEZ
Revisó y Aprobó
Coordinador Grupo Adquisiciones