**0CCE-DES-FM-17**

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA** **– Rechazo de ofertas – Subsanabilidad**

[…] para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de posibilitar la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes; decisión que, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades

**SUBSANABILIDAD – Aplicación – Improcedencia – Circunstancias posteriores – Cierre del proceso**

La regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección, prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitan, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no opere un rechazo de plano de las ofertas. En tal sentido, el primero de los parágrafos mencionados señala que «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos» y que «En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta». Si bien esta regla encuentra algunos límites, como por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo parágrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el parágrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

**SUBASTA INVERSA – Regla de subsanabilidad**

De conformidad con lo anterior, la regla especial de subsanabilidad establecida en el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 para el mecanismo de subasta inversa, permite a los oferentes subsanar, es decir, que las entidades soliciten los documentos referentes a la futura contratación o al proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, hasta el momento previo a la realización a la audiencia a la que hace referencia el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, momento que además deberá estar señalado en el pliego de condiciones, independientemente de que la entidad opte para desarrollar la audiencia de manera presencial o través del algún mecanismos electrónico.

Esto sin perjuicio de que las entidades, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, antes de la realización de la subasta deban «publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado», publicación que si bien no pone fin a la oportunidad de los proponentes para percatarse de los yerros susceptibles de subsanación, sí corresponde a la oportunidad idónea para que los proponentes se percaten de los mismos y procedan a su corrección.

En los procesos de escogencia de licitación pública, selección abreviada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, así como en los de enajenación de bienes del Estado, en los que se use el mecanismos de subasta, de conformidad con el parágrafo 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de ofertas, podrán ser objeto de subsanación hasta antes de la fecha prevista en el pliego de condiciones para el inicio de la subasta.

**EXPERIENCIA – Sociedades con menos de 3 años de constitución – Socio inhabilitado – Interpretación restrictiva**

[…] la aplicación de una interpretación restrictiva a la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, nos lleva a concluir que el hecho de que una sociedad se encuentre inhabilitada no impide que otra con menos de 3 años de constitución, de la cual aquella es socia, pueda acreditar la experiencia de la sociedad inhabilitada, comoquiera que las inhabilidades consisten en restricciones a la capacidad para contratar o presentar ofertas de una persona natural o jurídica en particular, que no suponen la imposibilidad de que la experiencia del socio inhabilitado pueda ser acreditada por la sociedad de reciente creación en uso del referido beneficio, máxime cuando la sociedad inhabilitada y la de menos de 3 años de constitución son personas jurídicas diferentes e independientes entre sí.

En conclusión, en tanto no exista una prohibición o restricción explicita en el ordenamiento jurídico, que impida que la experiencia de las sociedades inhabilitadas sea acreditada por las sociedades nuevas en las cuales tienen participación, estas últimas podrán acreditar la referida experiencia en los términos del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 *ejusdem*, en la medida que los efectos de la inhabilidad se predican de la capacidad para contratar del inhabilitado y no de su experiencia, o de la posibilidad de hacer uso de la referida prerrogativa.

 Bogotá D.C., **30/06/2020 Hora 11:49:44s**

**N° Radicado: 2202013000005528**

Señor

**Andrés Felipe Escobar**

Ciudad

**Concepto C – 365 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA ― Fundamento ― Alcance / SUBSANABILIDAD ― Concepto de unificación ― Aplicación ― Improcedencia ― Circunstancias posteriores al cierre / MECANISMO DE SUBASTA INVERSA— Regla de subsanabilidad |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202013000003993  |

Estimado señor Escobar

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta de 20 de mayo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y por el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted plantea los interrogantes que se transcriben *in extenso*, relacionados con la regla de subsanabilidad en procesos de selección en los se haga uso del mecanismo de subasta inversa y la posibilidad de que las sociedades de reciente constitución acrediten la experiencia de sus socios

«PREGUNTA No. 1

Pregunta No.1: Existe un término establecido por la Ley o Jurisprudencia que establezca el tiempo exacto que tienen los oferentes para Subsanar previamente a la Subasta Inversa Electrónica?

Pregunta No.1.1: De no encontrarse determinado, manifestar si es posible que la Entidad no permita subsanar nuevas observaciones subsanables presentadas en el Informe de evaluación e inmediatamente proceda a la publicación de la lista de habilitados. Esto, dentro del marco de una Subasta Inversa electrónica. Partiendo del principio que el informe de evaluación observa algo nuevo, no identificado previamente por el Comité Evaluador.

PREGUNTA No. 2:

Supuesto de hecho: Supongamos que, dentro del Curso de un Proceso de Selección abreviada por Subasta Inversa electrónica, la Entidad presenta en su primer informe de evaluación presenta distintas observaciones todas subsanables, en el segundo informe de evaluación emite pronunciamiento manifestando que efectivamente el oferente subsano, sin embargo, en el tercer informe el mismo comité se retracta de lo manifestado en el segundo informe y observa algo contrario a este informe.

Pregunta: Es legal que no exista coordinación y coherencia entre las distintas observaciones en cada informe de evaluación? O si por el contrario, es arbitrario que la Entidad se contradiga y cada vez le sea exigido subsanar cosas al oferente que para la Entidad ya se encontraban subsanadas y se habían determinado como “CUMPLE”?

PREGUNTA No. 3

Supuesto de hecho: Partiendo de la normativa que establece que los oferentes pueden subsanar hasta antes de la Subasta Inversa, la Entidad publica en SECOP II, el tercer informe de evaluación, en este, profiere pronunciamiento en una nueva observación a uno de los oferentes y este oferente, a su vez, procede inmediatamente a enviar por la Plataforma Secop II a enviar mensaje a la Entidad, manifestándole que se encuentra subsanando y que se suspenda la audiencia de Subasta Inversa hasta que subsane.

El informe es subido a las 3:04 pm, 3:06 se publica la lista de Habilitados para participar en la Subasta, 3:17 pm, envía el oferente el mensaje diciendo que se encuentra subsanando y a las 3:30 pm procede la Entidad a la realización de la Subasta Inversa, sin tener en cuenta el mensaje de dicho oferente.

Pregunta No.3: Es valido que la Entidad, no haya tenido en cuenta el mensaje enviado por el oferente a sabiendas que (i) su informe de evaluación había solicitado subsanar una nueva observación (ii) La Ley permite que se subsane hasta antes de la Audiencia de Subasta Inversa y (iii) Que dicho proceso de subsanación fue informado a la Entidad antes del inicio de la Subasta Inversa?

Si la pregunta es negativa, cual debió haber sido el debido actuar de la Entidad?

PREGUNTA No.4

El Decreto 1510 de 2013, da la potestad a las sociedades que llevan menos de 3 años de constitución, que sus socios o accionistas, le hagan el traslado de la experiencia. Sin embargo, no hace alusión al traslado de experiencia realizada por una sociedad que se encuentre inhabilitada para contratar con el Estado.

Pregunta No.4: Es valida el traspaso de experiencia de una sociedad inhabilitada a una nueva sociedad, para su inscripción en el RUP?

PREGUNTA No.5

Partiendo del supuesto que a una nueva sociedad le fue transferida la experiencia de uno de sus socios o accionistas, dentro de la potestad otorgada en el Decreto 1510 de 2013 y que esta sociedad cumple su termino de constitución en cuatro meses y desea presentarse a un proceso licitatorio.

Pregunta No.5: es viable o legal que la Entidad aduzca que no le es aceptada su experiencia por estar pronto a cumplir sus tres años de constitución? Respetuosamente solicito a la Entidad sean respuestas cada una de mis preguntas toda vez que son la base de una investigación para un Proyecto de Grado».

1. **Consideraciones**

Antes de proceder al estudio de sus inquietudes, es preciso aclarar que de conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[1]](#footnote-1). En ese orden, esta Agencia no tiene competencia para resolver problemas jurídicos específicos que no surjan de la aplicación de alguna norma contractual, o para resolver casos concretos.

 Tal precisión resulta pertinente ya que las preguntas 1.1, 2 y 3 parten de supuestos de hecho que, si bien no hacen referencia a entidades o personas en particular, plantean situaciones específicas correspondientes a casos concretos, por lo que la resolución de estos interrogantes trasciende de la función consultiva asignada a esta entidad para resolver consultas referidas a la aplicación de normas de carácter general en materia de contratación estatal. Por lo anterior, el presente concepto se limitará a responder los demás interrogantes, haciendo un análisis de las normas que resultan relevantes para su solicitud, con el alcance establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

 Para responder los interrogantes se realizarán algunas consideraciones en torno a: i) el principio de selección objetiva en la contratación estatal; ii) el alcance de la regla de la subsanabilidad; iii) la regla de subsanabilidad en procedimientos de subasta inversa; y iv) acreditación de experiencia de sociedades inhabilitadas por parte de sociedades con menos de 3 años de constitución.

**2.1.** **Principio de selección objetiva en la contratación estatal**

Se ratificará la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019, 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, CU – 060 de 16 de enero de 2020, C – 082 de 27 de enero de 2020, C – 127 de 12 de febrero de 2020. La tesis expuesta fue la siguiente:

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[2]](#footnote-2), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018; enunciado normativo en el que se lee:

Artículo 5o. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación», iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial al interior de los procedimientos de selección. Así se infiere de enunciados como: i) el numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista»; ii) el numeral 8º del artículo 2.2.1.2.1.3.13., que establece como obligación del jurado calificador en los concurso de méritos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, «Manifestar a la Entidad Estatal promotora la declaratoria de desierto el concurso de arquitectura, en caso que se presente el impedimento de la escogencia objetiva de que trata el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993»; o iii) el numeral 7º del artículo 2.2.1.2.6.1.3., que consagra, como obligación de la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, fijar en los documentos tipo «[…] alternativas para la ponderación de los elementos de calidad con el fin de que la entidad estatal contratante seleccione la opción adecuada para evaluar las condiciones técnicas de manera objetiva de acuerdo con el objeto de la contratación».

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que «la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas»[[3]](#footnote-3). Igualmente, ha señalado que «el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos»[[4]](#footnote-4).

Ahora bien, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de posibilitar la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes; decisión que, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades.

Esta regla se explica a continuación.

**2.2. Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas**

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto CU — 060 de 16 de enero de 2020, unificó el concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho concepto se unificó la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, la cual fue reiterada en los conceptos C — 082 de 27 de enero de 2020 y C — 127 de 12 de febrero de 2020. De la tesis desarrollada se tomarán algunas consideraciones para ilustrar el alcance de la regla de subsanabilidad en procesos de selección en los que se use el mecanismo de subasta.

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental.

En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «necesarios para la comparación de propuestas». De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7[[5]](#footnote-5), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[[6]](#footnote-6), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si, al verificar la Administración, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[7]](#footnote-7).

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

[... ]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Como puede observarse, esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, iii) introduce modificaciones en relación con cuatro aspectos que se analizarán a continuación.

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[8]](#footnote-8); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: «deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección».

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; segunda, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para decirles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que, una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la más ajustada a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.

Así pues, la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que, una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Lo anterior nos ofrece dos aspectos que merecen clarificación; primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[9]](#footnote-9), que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha[[10]](#footnote-10).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» nos lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar -la autorización de la junta- ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[[11]](#footnote-11); iii) si un oferente no anexó el Certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe antes del cierre del proceso[[12]](#footnote-12); iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana -sin importar que tenga fecha posterior- debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba -usualmente un documento- lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta [...] lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[13]](#footnote-13). En tal sentido, esta Subdirección en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección.

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un *ítem* que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

**2.3. La regla de subsanabilidad en procedimientos de subasta inversa**

La subasta es un mecanismo para la adjudicación de contratos previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, aplicable a las modalidades de licitación pública, selección abreviada y enajenación de bienes del Estado[[14]](#footnote-14). Según Ernesto Matallana Camacho «Se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones»[[15]](#footnote-15), mientras que Jairo Enrique Solano destaca de este mecanismo que, «al encontrarse definidas las características del bien, lo que se va a evaluar únicamente es el precio, porque se entiende que todos los bienes que se propongan tienen idéntica característica técnica al tratarse de bienes comunes, de ahí la falencia de la modalidad de subasta inversa que se tiene en Colombia, en tanto está limitada a la puja con base al precio»[[16]](#footnote-16).

En lo que respecta a la subsanabilidad en procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para las modalidades de escogencia de licitación pública y selección abreviada para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como para enajenación de bienes del estado, el parágrafo 1 del artículo 5 *ibídem* consagra una excepción al término general de subsanabilidad antes explicado, la cual es desarrollada por el parágrafo 4° adicionado por la Ley 1882 de 2018, en los siguientes términos: «Parágrafo 4o. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».

El procedimiento aplicable al mecanismo de subasta inversa se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, el cual también es aplicable a procedimientos en los que se enajenen bienes del Estado con el mecanismo de subasta pública, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.2.2.2, con la particularidad de que el respectivo bien deberá ser adjudicado al oferente que haya ofrecido el mayor valor a pagar por los bienes objeto de enajenación y el margen mínimo debe ser al alza, a diferencia de la subasta inversa.

 Dicha norma establece que en los pliegos de condiciones de estos procedimientos se debe indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los lances; y c) el margen mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa[[17]](#footnote-17). Así mismo el Decreto 1082 de 2015, contempla la posibilidad de que las entidades realicen procesos de subasta de manera presencial o electrónica, precisando que para este último evento el pliego de condiciones deberá establecer el sistema que utilizará y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensaje de datos[[18]](#footnote-18).

Dicha norma establece que en los pliegos de condiciones de estos procedimientos se debe indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los lances; y c) el margen mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa[[19]](#footnote-19). Así mismo el Decreto 1082 de 2015, contempla la posibilidad de que las entidades realicen procesos de subasta de manera presencial o electrónica, precisando que para este último evento el pliego de condiciones deberá establecer el sistema que utilizará y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensaje de datos[[20]](#footnote-20).

Sobre la regla especial de subsanabilidad establecida en el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 para el mecanismo de subasta inversa, esta Agencia tuvo la oportunidad de pronunciarse en los conceptos C – 267 y C – 283 del 4 de mayo de 2020 –radicados de salida Nos. 2202013000003319 y 2202013000003320, respectivamente– precisando que la norma permite a las entidades solicitar a los oferentes que subsanen los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas, hasta el momento previo a la realización a la audiencia a la que hace referencia el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, momento que, además, deberá estar señalado en el pliego de condiciones, independientemente de que la entidad opte para desarrollar la audiencia de manera presencial o través del algún mecanismos electrónico. En defecto de lo anterior, las entidades también podrán requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta, por lo que será anterior a ella.

Al respecto también se pronunció esta Agencia en el concepto C – 008 del 4 de mayo de 2020 –radicado No. 2202013000003313–, precisando que sin perjuicio de lo anterior, las entidades, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, antes de la realización de la subasta deben «publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado», publicación que si bien no pone fin a la oportunidad de los proponentes para percatarse de los yerros susceptibles de subsanación, «corresponde a la oportunidad idónea para que los proponentes se percaten de los mismos y procedan a su corrección».

Ahora, no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios arriba desarrollados para determinar si los documentos faltantes son susceptibles de subsanación, como por ejemplo, si tienen que ver con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

Conforme a lo anterior, a pesar de que no existe un término legal para que los proponentes subsanen los documentos mediante los cuales deben acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para participar en procedimientos de subasta, el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece una regla que permite a las entidades solicitar las correspondientes subsanaciones, dotando a estas de cierto margen de discrecionalidad para determinar el término o momento específico dentro del que deberá tener lugar la subsanación, que en todo caso deberá ser previo al inicio de la audiencia de subasta.

**2.4. Acreditación de experiencia de sociedades inhabilitadas por parte de sociedades con menos de 3 años de constitución**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000003636 del 20 de agosto de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. 4201912000004380 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004603 del 22 de agosto de 2019, 4201912000004704 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004743 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005158 del 5 de septiembre de 2019, 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, 4201912000007182 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 de diciembre de 2019, 4201912000007607 del 9 de diciembre de 2019, C – 025 del 16 de marzo de 2020, C - 051 del 2 de marzo de 2020, C – 165 del 1 de abril de 2020 y C – 233 del 16 de abril de 2020 estudió la acreditación de la experiencia de los socios por una sociedad nueva con menos de 3 años de constitución. La tesis desarrollada se expone a continuación.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; con excepción del proceso de selección de consultores, donde es posible otorgar puntaje al criterio de experiencia.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. Frente al requisito habilitante de experiencia, en el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» se define la experiencia como «el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato».

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, establece que si una persona natural se inscribe en el RUP aportará los certificados de experiencia en provisión de bienes, obras y servicios, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras y servicios, y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado[[21]](#footnote-21).

El numeral 2.5[[22]](#footnote-22) del mismo artículo señala que la persona jurídica se registrará aportando los certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado.

El interesado debe indicar en cada certificado, o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios, en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede ser entendida como de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes.

A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

Este aspecto ofrece meridiana claridad en cuanto a su aplicación, pero el interrogante que ha generado la norma es ¿qué pasa después de que la sociedad a la que le ha sido permitido certificar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes cumple 3 años de su constitución? ¿puede seguir siendo beneficiaria de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015?

Estos interrogantes han sido planteados a la Subdirección de Gestión Contractual, y se ha dado respuestas en uno y otro sentido. Así, en el Concepto del 7 de febrero de 2018 se sostuvo que las personas jurídicas que hubieran sido beneficiarias de la norma podían seguir acreditando la experiencia de sus socios o accionistas, inclusive después de transcurridos 3 años desde la constitución de la sociedad, siempre que se renovara el RUP.

Teniendo en cuenta lo anterior, aunque la persona jurídica tenga más de tres años de constituida y haya registrado inicialmente la experiencia de sus socios en el RUP ―pues su constitución era inferior a tres años― y este es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si el RUP no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la Cámara de Comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Posición contraria se adoptó en un concepto identificado con radicado No. 4201814000001418, donde frente a la misma pregunta esta Subdirección respondió que después de cumplidos los 3 años contados desde la constitución de la sociedad, las entidades estatales no deberían tener como válida la experiencia acreditada por los socios, accionistas o constituyentes. Como fundamento de esta posición, la Subdirección consideró lo siguiente:

i) La posición de Colombia Compra Eficiente respecto a la validez de la experiencia de los accionistas, socios o constituyentes, acreditada en el RUP por una sociedad nueva, cuando está ya superó los 3 años de constituida, ha variado.

ii) El Decreto 1082 de 2015 establece que para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

iii) La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal.

iv) En consecuencia, la persona jurídica cuya constitución es menor a 3 años puede registrar la experiencia de sus socios en el RUP, la cual no podrá ser tenida en cuenta por la Entidad Estatal como experiencia de la sociedad una vez cumplidos los 3 años de constituida la persona jurídica a los que hace referencia la norma, pues no se cumple con el presupuesto normativo para acceder al beneficio que contempla el Decreto 1082.

v) Las Cámaras de Comercio hacen la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribir, renovar o actualizar su información en el RUP. De esa forma, a diferencia de la renovación, la actualización del RUP puede llevarse a cabo en cualquier momento ―únicamente para la capacidad jurídica y experiencia― y debe ser verificada junto con sus soportes por la Cámara de Comercio correspondiente.

Ante esta disparidad de criterios, la Subdirección de Gestión Contractual estimó necesario recoger estos pronunciamientos y unificar la posición en el concepto con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, en torno a la posibilidad o no de que las sociedades nuevas puedan seguir acreditando la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, incluso después de cumplidos 3 años de constitución de la persona jurídica.

El criterio que se adoptó fue que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes, para las sociedades que al momento de inscribirse en el RUP tenían menos de 3 años de constituidas, puede seguir siendo acreditada por la persona jurídica después de transcurridos los 3 años del acto de constitución. Esta posición había sido reiterada por esta Subdirección en pronunciamientos más recientes[[23]](#footnote-23), esto es, posteriores a la acogida en el Concepto del 3 de abril de 2018 antes citado.

Se reitera que la finalidad del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal. Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos. En la actualidad, las Cámaras de Comercio sólo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente, por tanto, le corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar, para efectos de tener en cuenta la experiencia.

En otras palabras, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la Cámara de Comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Lo anterior, tiene fundamento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el registro único de proponentes, que establece:

4.2.5. Vigencia de los documentos. Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte.

Así las cosas, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, aceptarán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas.

En este sentido, si bien la norma no dispone qué sucede con la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes, después de los 3 años de constituida la persona jurídica, para esta Subdirección sigue siendo válida, por lo que la entidad la deberá tener en cuenta, ya que de esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

Ahora bien, ¿resulta válido que una sociedad acredite la experiencia de uno de sus socios, siendo este una sociedad inhabilitada? Para responder a este interrogante es necesario precisar que las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[24]](#footnote-24), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[25]](#footnote-25) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[26]](#footnote-26).

Tal como lo sostuvo esta Agencia en el concepto C – 246 del 3 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000002417–, el régimen de inhabilidades en la contratación pública «responde a la tendencia, vigente desde hace varias décadas en nuestro país, pero que se ha reforzado en los últimos años, de asegurar que la actividad de provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia». Es por ello que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un cariz sancionatorio o «neopunitivo»[[27]](#footnote-27). Si bien no todas las causales de inhabilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, como ya se explicó, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado, como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades –como ya se dijo–, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*[[28]](#footnote-28), pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[29]](#footnote-29). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[30]](#footnote-30). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[31]](#footnote-31).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […][[32]](#footnote-32).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad en la contratación estatal.

 En conclusión, el régimen de inhabilidades está concebido como un conjunto de restricciones a la capacidad para presentar ofertas y contratar con el Estado, por lo que ninguna persona natural o jurídica que se encuentre incurso en alguna causal estará en la posibilidad de suscribir contratos con alguna entidad estatal. No obstante, al estar estas causales sometidas a interpretación y aplicación restrictiva, deberá analizarse en el caso concreto si efectivamente la respectiva persona se encuentra incursa en el supuesto de hecho que da lugar a la configuración de la inhabilidad o incompatibilidad, en virtud de la que opera la restricción a la capacidad para contratar.

 Ahora, la aplicación de una interpretación restrictiva a la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 nos lleva a concluir que el hecho de que una sociedad se encuentre inhabilitada no impide que otra con menos de 3 años de constitución, de la cual aquella es socia, pueda acreditar la experiencia de la sociedad inhabilitada, comoquiera que las inhabilidades consisten en restricciones a la capacidad para contratar o presentar ofertas de una persona natural o jurídica en particular, que no suponen la imposibilidad de que la experiencia del socio inhabilitado pueda ser acreditada por la sociedad de reciente creación en uso del referido beneficio, máxime cuando la sociedad inhabilitada y la de menos de 3 años de constitución son personas jurídicas diferentes e independientes entre sí.

 También conviene precisar que mientras que el régimen de inhabilidades corresponde a un conjunto de restricciones que afectan la *capacidad* para contratar con el Estado, la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 *Ibídem*, se refiere a la posibilidad de que se acredite *experiencia*, tratándose de dos requisitos habilitantes distintos, regulados de manera disímil, a los que en virtud de una interpretación restrictiva no resulta posible equiparar en cuanto a consecuencias jurídicas.

 Lo anterior indica que, en tanto no exista una prohibición o restricción explícita en el ordenamiento jurídico, que impida que la experiencia de las sociedades inhabilitadas sea acreditada por las sociedades nuevas en las cuales tienen participación, estas últimas podrán acreditar la referida experiencia en los términos del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 *ejusdem*, en la medida que los efectos de la inhabilidad se predican de la capacidad para contratar del inhabilitado y no de su experiencia, o de la posibilidad de hacer uso de la referida prerrogativa. Ello amerita precisar que si bien puede que una sociedad inhabilitada pueda ser sujeto de la aplicación de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2, la posibilidad de hacer uso de esta dentro de un proceso de contratación dependerá de los efectos de la inhabilidad en la que se encuentra incurso el socio que adquirió la experiencia, y la virtual extensión de sus efectos hacia la capacidad para contratar de la sociedad nueva.

 Las inhabilidades establecidas en el literal i) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, respecto de los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como la establecida en el literal j) respecto de las personas naturales que hayan sido declaradas responsables en sede judicial por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y las personas jurídicas declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional, son ejemplos de inhabilidades cuyos efectos alcanzan a personas juridicas en principio distintas de la inicialmente inhabilitada[[33]](#footnote-33).

En ese orden, sin perjuicio de la inhabilidad del literal c) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para quienes den lugar a la declaratoria de caducidad, el literal j) hace extensiva dicha inhabilidad a las socios de las sociedades de personas respecto de quienes se haya declarado la caducidad, así como a las sociedades de personas que estos conformen, mecanismo consagrado por el legislador con el «objeto [de] evitar que las personas inhabilitadas por razón de la caducidad evadan sus efectos»[[34]](#footnote-34).

 Por su parte, el literal j) del numeral 1 del artículo 8 en cita, establece una inhabilidad de la que son objeto las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.  Los efectos de esta inhabilidad se extienden a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, represen­tantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan y a las sucursales de sociedades extranjeras, con ex­cepción de las sociedades anónimas abiertas.

 Tales inhabilidades sirven para ilustrar como tratándose de la experiencia adquirida por un socio inhabilitado, la posibilidad de hacer uso de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 depende de los efectos de la inhabilidad. En el caso de la inhabilidad del literal j), si la sociedad nueva en la que es socia la persona inhabilitada es una sociedad de personas, como una en comandita simple, la posibilidad de hacer uso del beneficio estará coartada por la restricción a la capacidad para contratar y participar en procesos de selección que se hace extensiva a la sociedad nueva. Lo contrario sucedería en caso de que la sociedad con menos de tres años de creación fuera una sociedad de capital como una sociedad anónima, evento en el cual los efectos de la inhabilidad que afecta al socio cuya experiencia se pretende acreditar no son extensivos a la sociedad, pudiendo esta hacer uso de la referida prerrogativa.

 En ese mismo sentido, respecto de la inhabilidad del literal j), en el caso de una persona natural condena por un delito contra la Administración pública, al estar esta inhabilitada también lo estarían las sociedades en comanditas simples de las que esta aquella fuera socia, situación que impediría hacer uso del beneficio del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 *Ibídem* durante la vigencia de la restricción a la capacidad. Por el contrario, si la persona incursa en la inhabilidad es socia de una sociedad anónima abierta, esta podrá hacer uso de la prerrogativa sin mayor restricción, al encontrarse este tipo de sociedad fuera del ámbito de aplicación de la inhabilidad.

 En conclusión, la posibilidad de recurrir a lo establecido en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 *ejusdem,* en función de acreditar la experiencia de una sociedad inhabilitadapor parte de sociedades con menos de tres años de constitución en las que aquella sea socia, dependerá de que los efectos de la inhabilidad no sean extensivos a la sociedad nueva, ya que de encontrarse también inhabilitada esta última no será posible hacer uso de la prerrogativa en algún proceso de contratación durante la vigencia de la inhabilidad, al estar restringida su capacidad para participar.

1. **Respuesta**

«Pregunta No.1: Existe un término establecido por la Ley o Jurisprudencia que establezca el tiempo exacto que tienen los oferentes para Subsanar previamente a la Subasta Inversa Electrónica?»

La Ley 1150 de 2007 no consagra un término específico para que los oferentes subsanen los documentos mediante los cuales acreditan el cumplimiento de los requisitos necesarios para participar en procesos en los que se use el mecanismo de subasta. Sin embargo, el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades podrán solicitar la subsanación de tales requisitos hasta antes del inicio de la subasta, razón por la que estas deberán permitir a los proponentes subsanar los documentos que correspondan, para lo cual deberán fijar en el pliego de condiciones un término para que tengan lugar las subsanaciones, o solicitar a los proponentes la realización de las mismas, lo que en todo caso deberá ocurrir antes del inicio de la subasta.

«Pregunta No.4: Es valida el traspaso de experiencia de una sociedad inhabilitada a una nueva sociedad, para su inscripción en el RUP?»

Conforme a la interpretación y aplicación restrictiva que corresponde frente a las normas del régimen de inhabilidades, y comoquiera que no existe una prohibición que impida que la experiencia de las sociedades inhabilitadas, en virtud de la prerrogativa establecida en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, sea acreditada por las sociedades nuevas en las cuales aquellas tienen participación, resulta válida la acreditación de experiencia por las sociedades que cuenten con menos de 3 años de constitución.

 No obstante, ello solo será posible en los casos en los que los efectos de la inhabilidad que afecta al socio no sean extensivos a la sociedad con menos de tres años de creación que pretende acreditarlos, en la medida que de estar afectada por esta u alguna otra inhabilidad, la posibilidad de hacer uso de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 estará limitada en tanto tenga vigencia la inhabilidad.

«Pregunta No.5: es viable o legal que la Entidad aduzca que no le es aceptada su experiencia por estar pronto a cumplir sus tres años de constitución?».

De conformidad con la posición adoptada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente a partir del concepto con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, es posible que las sociedades de reciente creación que en aplicación del beneficio establecido en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, hayan acreditado la experiencia de sus socios o accionistas, lo puedan seguir haciendo aun después de cumplidos los 3 años de constitución, siempre que no hayan cesado los efectos del RUP por el incumplimiento del deber de renovación.

 En ese sentido, el hecho de que una sociedad se encuentre pronta a cumplir los 3 años de creación no es un motivo para que no le sea aceptada la experiencia acreditada en uso de la referida prerrogativa, ya que el vencimiento de dicho plazo no cercena la posibilidad de seguir haciendo uso de esta.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista - Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista - Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

[...]

» 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

[..]

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: «La selección de contratistas será objetiva.

»Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

»Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación».

»El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

»En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán se solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO). «ART. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la [Ley 1150 de 2007](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2007/L1150de2007.htm) y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso».

 [↑](#footnote-ref-9)
10. «Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

»De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que ‘se cierra el proceso’ con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar» (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina). [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1150 de 2007 «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

»1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

»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.

»El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

»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.

»Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

[…]

»e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

»En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

»[…]

»Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

»Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

»La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta; […]». [↑](#footnote-ref-14)
15. MATALLANA CAMACHO, Ernesto (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública. 3a ed. Bogotá D. C. Editorial Universidad externado de Colombia. p. [↑](#footnote-ref-15)
16. SOLANO SIERRA, Jairo E. (2010) Contratación Administrativa, “Modalidades de selección del Contratista. 4a. ed. Bogotá D.C. Editorial Doctrina y Ley Ltda. p. [↑](#footnote-ref-16)
17. **«Artículo 2.2.1.2.1.2.2.**Procedimiento para la subasta inversa.Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la subasta inversa:

   »1. Los pliegos de condiciones deben indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los Lances; y c) el Margen Mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa.

   »2. La oferta debe contener dos partes, la primera en la cual el interesado acredite su capacidad de participar en el Proceso de Contratación y acredite el cumplimiento de la ficha técnica; y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente.

   »3. La Entidad Estatal debe publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado.

   »4. Hay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica.

   »5. Si en el Proceso de Contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la Entidad Estatal puede adjudicarle el contrato al único oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, caso en el cual no hay lugar a la subasta inversa.

   »6. La subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes y en consecuencia, solamente serán válidos los Lances efectuados durante la subasta inversa en los cuales la oferta sea mejorada en por lo menos el Margen Mínimo establecido.

   »7. Si los oferentes no presentan Lances durante la subasta, la Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo.

   »8. Al terminar la presentación de cada Lance, la Entidad Estatal debe informar el valor del Lance más bajo.

   »9. Si al terminar la subasta inversa hay empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto».  [↑](#footnote-ref-17)
18. «Artículo 2.2.1.2.1.2.5. Subasta inversa electrónica o presencial. La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente.

 »Si la Entidad Estatal decide adelantar la subasta electrónicamente debe fijar en los pliegos de condiciones el sistema que utilizará para la subasta inversa y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos». [↑](#footnote-ref-18)
19. **«Artículo 2.2.1.2.1.2.2.**Procedimiento para la subasta inversa.Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la subasta inversa:

   »1. Los pliegos de condiciones deben indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los Lances; y c) el Margen Mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa.

   »2. La oferta debe contener dos partes, la primera en la cual el interesado acredite su capacidad de participar en el Proceso de Contratación y acredite el cumplimiento de la ficha técnica; y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente.

   »3. La Entidad Estatal debe publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado.

   »4. Hay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica.

   »5. Si en el Proceso de Contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la Entidad Estatal puede adjudicarle el contrato al único oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, caso en el cual no hay lugar a la subasta inversa.

   »6. La subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes y en consecuencia, solamente serán válidos los Lances efectuados durante la subasta inversa en los cuales la oferta sea mejorada en por lo menos el Margen Mínimo establecido.

   »7. Si los oferentes no presentan Lances durante la subasta, la Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo.

   »8. Al terminar la presentación de cada Lance, la Entidad Estatal debe informar el valor del Lance más bajo.

   »9. Si al terminar la subasta inversa hay empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto».  [↑](#footnote-ref-19)
20. «Artículo 2.2.1.2.1.2.5. Subasta inversa electrónica o presencial. La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente.

 »Si la Entidad Estatal decide adelantar la subasta electrónicamente debe fijar en los pliegos de condiciones el sistema que utilizará para la subasta inversa y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos». [↑](#footnote-ref-20)
21. «Artículo 2.2.1.1.1.5.2: Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

»2.1.   Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel». [↑](#footnote-ref-21)
22. «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

[…]

»2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasi­ficador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes». [↑](#footnote-ref-22)
23. Al respecto, consultar, entre otros: los conceptos identificados con radicado No. 4201912000007512 del 3 de noviembre de 2019, 4201913000007182 del 18 de octubre de 2019 y 4201913000006797 del 3 de octubre de 2019. [↑](#footnote-ref-23)
24. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-24)
25. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-25)
26. Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto].

 [↑](#footnote-ref-26)
27. BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibíd., p. 69. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-32)
33. «Articulo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

»1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[…]

   »i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

»Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

   »j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

   »Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

   »Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, represen­tantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con ex­cepción de las sociedades anónimas abiertas.

  »También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la perso­nería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, ad­ministradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

   »La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma perma­nente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal».  [↑](#footnote-ref-33)
34. Ponencia para segundo debate. Proyecto de ley 149 de 1992. Gaceta del Congreso. Año II. N° 145. pp 2. [↑](#footnote-ref-34)