**FACTOR DE CALIDAD ― Cuadrillas de trabajo adicional ― Garantía adicional ― Mantenimiento adicional ― Pliego tipo ― Versión 2**

En relación con el «factor de calidad», la versión 2 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Resolución No. 045 de 2020–, conserva los tres factores existentes en la versión 1–Resolución No. 1798 de 2019–, e incluye como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista. Estos factores además se encuentran incluidos dentro del Documento Tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía –Resolución No. 044 de 2020–.

**FACTOR DE CALIDAD ― Resolución 116 de 2020**

El Documento Tipo no limitaba al oferente frente al plazo de la garantía suplementaria o adicional, al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometía a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependían únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizaban dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y de la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentaría su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituía –como sigue sucediendo– una obligación contractual, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertaban lo que podían cumplir.

**FACTOR DE CALIDAD ― Resolución 116 de 2020 ― Cambios**

En términos generales, en la referida Resolución se dispuso: i) que el ofrecimiento del proponente sobre la «garantía suplementaria o adicional» y el «mantenimiento adicional», no podrá superar el «[…] valor porcentual máximo entre el siguiente rango: entre el 30% y el 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra […]» , valor porcentual que fija libremente la autoridad contratante dentro del referido rango; y ii) que, en relación con las «cuadrillas de trabajo» adicionales, las entidades deben elegir si establecen un estimado de frentes de trabajo o si no lo establecen, pues, en el primer evento, «[e]l proponente podrá ofrecer hasta máximo 2 cuadrillas por cada frente de trabajo», mientras que en el segundo, «[…] ofrecerá 1 cuadrilla adicional por cada 50 obreros que sean requeridos para el proyecto de infraestructura de transporte».

**VIGENCIA DE NORMAS ― Temporalidad ― Irretroactividad**

En el ordenamiento jurídico colombiano, por principio, las leyes, y en general, los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho; presunción que no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente, al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos y principalmente, para su seguridad jurídica.

**VIGENCIA DE NORMAS ― Temporalidad ― Normas procedimentales ― Resolución 116 de 2020**

En relación con las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de que las diligencias o etapas que se hubieren iniciado continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. Esto permite concluir que la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020 es obligatoria para los procedimientos de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia; no a los anteriores. El artículo 4º del referido acto administrativo dispone que «Esta resolución rige a partir de su publicación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto para las normas anteriores, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Bogotá D.C., **##FechaActual**

**N° Radicado: ##Respuesta**

Señor

**José Luis Covaria Estrada**

Ciudad

**Concepto C‒ 536 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FACTOR DE CALIDAD ― Cuadrillas de trabajo adicional ― Garantía adicional ― Mantenimiento adicional ― Pliego tipo ― Versión 2 / FACTOR DE CALIDAD ― Resolución 116 de 2020 / FACTOR DE CALIDAD ― Resolución 116 de 2020 ― Cambios / VIGENCIA DE NORMAS ― Temporalidad ― Irretroactividad / VIGENCIA DE NORMAS ― Temporalidad ― Normas procedimentales ― Resolución 116 de 2020 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000006690  |

Estimado señor Covaria:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de agosto del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta, relacionada con la entrada en vigencia, el 21 de julio de este año, de la Resolución No. 116 de 2020, «Por la cual se modifica los numerales 4.2.4, 4.2.5 y 4.2.6 de los documentos tipo para los procedimientos de selección de licitación pública – versión 2 y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte y el Formato 7 – Factor de calidad, adoptados mediante las Resoluciones No. 044 y 045 de 2020 y se aclara el numeral 4.1.4 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2»: «Dado esto, si una entidad pública estaba adelantando un proceso de licitación pública mediante los documentos tipo adoptados con las resoluciones 044 y 045, y cuyo proceso ya se encontraba en pliegos definitivos a la fecha de publicación de dicha resolución, pero en su cronograma aun podía realizar ajustes, ¿Esta entidad estaba obligada a ajustar los documentos del proceso a lo reglamentado con la resolución 116 antes de dar cierre al mismo?».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) modificaciones al factor calidad previstos en la Resolución No. 116 de 2020 y ii) vigencia de las disposiciones normativas en el tiempo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el alcance de la Resolución No. 116 de 2020 en el Concepto C-481 del 27 de julio de 2020. Igualmente, esta Subdirección analizó la vigencia de los pliegos de condiciones tipo en los conceptos C-136 del 16 de marzo de 2020 y C-250 del 15 de abril de 2020. Las tesis propuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación, y se complementan con ideas adicionales, relacionadas con los interrogantes específicos que se formulan en la consulta.

**2.1. Cuadrillas de trabajo adicional, garantía suplementaria o adicional y mantenimiento adicional como factores de calidad en los pliegos tipo de licitación pública. Modificaciones introducidas por la Resolución 116 de 2020.**

En relación con el «factor de calidad», la versión 2 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Resolución No. 045 de 2020–conserva los tres factores existentes en la versión 1 –Resolución No. 1798 de 2019–, e incluye como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista. Estos factores además se encuentran incluidos dentro del Documento Tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía –Resolución No. 044 de 2020–.

Frente a los nuevos factores es importante resaltar que los Documentos señalan que «de acuerdo con las características del objeto a contratar y con el principio de proporcionalidad y razonabilidad la Entidad debe elegir una o varias de las opciones previstas para otorgar el puntaje del factor de calidad». En este sentido, la entidad debe valorar, frente a su necesidad y a los principios mencionados, cuándo la inclusión de estos factores resulta pertinente para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada, atendiendo a las particularidades de cada proyecto y, en todo caso, únicamente podrá exigir acreditar máximo tres de ellos, lo cual conserva el tope establecido en la Versión 1 de los Documentos.

Adicionalmente, esta versión de los Documentos Tipo conserva el puntaje establecido para el factor de calidad en la Versión 1, de modo que no se alteró el total de los 19 puntos que puede otorgar la entidad por este criterio de evaluación. Estos 19 puntos corresponderán al total de los puntos que podrán asignarse como puntaje al rubro de factor de calidad. En caso de que se opte por varios factores de calidad, estos 19 puntos deberán ser repartidos entre los mismos, de tal manera que la sumatoria del puntaje de los factores de calidad escogidos por la entidad no sobrepase los 19 puntos.

 El Documento Tipo no limitaba al oferente frente al plazo de la garantía suplementaria o adicional, al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometía a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependían únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizaban dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y de la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentaría su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituía –como sigue sucediendo– una obligación contractual, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofrecían lo que podían cumplir.

 En ese sentido, antes de la expedición de la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020 las entidades estatales que aplican la versión 2 del Documento Tipo para procesos de licitación pública o selección abreviada de menor cuantía no se encontraban facultadas para fijar topes o un número máximo para los factores de calidad, ya que, como se sostenía antes de la vigencia de la referida Resolución, esto dependía únicamente de los proponentes. Dicha postura se justificaba, además, en que las entidades no tienen la facultad de modificar los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional», en la medida en que estos son Documentos Tipo gobernados por el principio de inalterabilidad, por lo que solo pueden modificar los apartados entre corchetes y resaltados en gris[[1]](#footnote-2).

 En consecuencia, antes de la publicación de la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, el proponente tenía libertad y autonomía para ofrecer el plazo de la garantía suplementaria o adicional, el número de cuadrillas de trabajo y los meses de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el Documento Tipo, antes de esa fecha, no limitaba los ofrecimientos realizados, y tampoco la entidad estatal estaba habilitada para establecer topes. No obstante, en el evento que resultaba adjudicatario del proceso de contratación, los compromisos que se hicieran con ocasión de estos ofrecimientos se convertían en obligaciones contractuales de imperativo cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

 Asimismo, el artículo 1603 del Código Civil indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella. Por lo tanto las partes, al comprometerse con su oferta a otorgar una garantía o mantenimiento por un tiempo adicional, o a destinar a la ejecución del contrato un número de cuadrillas de trabajo adicional, estos ofrecimientos se convierten en una obligación contractual, que se debe cumplir en la ejecución del contrato ajustada a la buena fe[[2]](#footnote-3).

Los numerales 4.2.4, 4.2.5. y 4.2.6. del Documento Base de los Documentos Tipo para licitaciones públicas de infraestructura de trasporte –versión 2–, así como también los mismos numerales de los Documentos Tipo de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte, adoptados mediante las Resoluciones Nos. 044 y 045 de 2020, fueron modificados por medio de la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, todas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

 En términos generales, en la referida Resolución se dispuso: i) que el ofrecimiento del proponente sobre la «garantía suplementaria o adicional» y el «mantenimiento adicional», no podrá superar el «[…] valor porcentual máximo entre el siguiente rango: entre el 30% y el 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra […]»[[3]](#footnote-4), valor porcentual que fija libremente la autoridad contratante dentro del referido rango; y ii) que en relación con las «cuadrillas de trabajo» adicionales, las entidades deben elegir si establecen un estimado de frentes de trabajo o si no lo establecen, pues, en el primer evento, «[e]l proponente podrá ofrecer hasta máximo 2 cuadrillas por cada frente de trabajo»[[4]](#footnote-5), mientras que en el segundo, «[…] ofrecerá 1 cuadrilla adicional por cada 50 obreros que sean requeridos para el proyecto de infraestructura de transporte»[[5]](#footnote-6).

**2.2. Vigencia de las disposiciones normativas en el tiempo**

En el ordenamiento jurídico, por principio, las leyes, y en general los actos normativos, comienzan a regir a partir del momento en que se cumple la formalidad dispuesta para conferirles publicidad, pues con ello se busca garantizar que se pueda predicar la ficción normativa consistente en la presunción de conocimiento general del derecho; presunción que no tendría sentido si las normas fueran exigibles antes de su publicación, notificación o comunicación, es decir, antes de que los sujetos que son destinatarios de las mismas, fácticamente al menos, tengan la posibilidad de conocerlas. Como se advierte, pedir que las personas deban cumplir el contenido de normas sobre las cuales no han sido previamente informadas representaría un grave riesgo para sus derechos, y principalmente para su seguridad jurídica[[6]](#footnote-7).

Tal es la garantía que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política –aplicable también a las actuaciones administrativas, como dice su primer inciso–, el cual establece que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa»; significando que nadie puede ser sancionado –no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo– sino al amparo de una disposición que se haya expedido *antes* de la realización de la conducta activa u omisiva sobre la cual se imputa el reproche. Esto es lo que se conoce en el derecho como la *irretroactividad* de las leyes.

Dicha norma constitucional guarda consonancia con los enunciados normativos anteriores a la Carta del 91, y que continúan en vigor, para regular el asunto concerniente a la vigencia de las leyes en el tiempo; especialmente, nos referimos a los artículos 17 al 49 de la Ley 153 de 1887. Pero, por su aplicación al caso concreto, que se analiza en este concepto, se resaltan los siguientes artículos de dicha Ley:

Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Artículo 40.Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.

De dichos enunciados se pueden extraer las siguientes subreglas: i) en principio, las leyes promulgadas rigen hacia el futuro, es decir, no regulan situaciones del pasado; son, pues, irretroactivas; en consecuencia, nadie puede ser «juzgado» ni sancionado, sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa; ii) por lo tanto, las leyes que regulan los contratos son las vigentes al momento de su celebración; es decir que si cambian, el contrato se continúa rigiendo por las anteriores, a excepción de las leyes posteriores que regulen asuntos procesales o sanciones por incumplimiento de las obligaciones contractuales por hechos ocurridos en vigencia de la nueva ley, las cuales sí aplican a los contratos previamente celebrados; iii) no obstante, en materia sancionatoria, rige el principio de favorabilidad, lo que significa que debe aplicarse la ley más beneficiosa a la persona. Esta subregla, a su vez, tiene dos hipótesis: 1) si la ley posterior es más favorable que la que estaba vigente cuando, supuestamente, se cometió la falta o delito, se debe aplicar la posterior al momento de sancionar; en otras palabras, se exige, en este caso, la aplicación retroactiva de la ley; y 2) si una persona se encuentra cumpliendo una sanción impuesta en vigencia de una ley y se expide posteriormente una que elimina el delito o falta, lo indulta o rebaja la sanción, también debe aplicarse retroactivamente la ley posterior[[7]](#footnote-8). Así lo ha entendido la Corte Constitucional, al indicar que en las actuaciones administrativas se debe aplicar el principio de favorabilidad. Fue esta la tesis que defendió en la Sentencia C-619 de 2001, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 67 de la Ley 610 de 2000[[8]](#footnote-9).

En relación con las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 es claro en el sentido de indicar que las diligencias o etapas que se hubieren iniciado continúan rigiéndose por las normas vigentes en el momento de comenzar el trámite, lo cual también se aplica a los procedimientos administrativos, y dentro de estos, a los de selección. Esto permite concluir que la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020 es obligatoria para los procedimientos de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia; no a los anteriores. El artículo 4º del referido acto administrativo dispone que «Esta resolución rige a partir de su publicación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto para las normas anteriores, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En otras palabras, si bien por regla general las normas que regulan la sustanciación de los procedimientos comienzan a regir desde el momento en el que se cumple con la formalidad de la publicación de las mismas, también lo es que el mencionado artículo establece que las diligencias o términos que hubieran empezado al amparo de otras normas siguen rigiéndose por estas en lo que a la etapa que no ha culminado se refiere, pues es una forma de evitar variaciones abruptas en el ordenamiento procesal. De este modo, si se encuentra abierto el procedimiento de selección contractual, las normas que regularon la elaboración del pliego de condiciones se mantienen vigentes durante todo el procedimiento e incluso se incorporan al contrato, como se desprende del artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

**3. Respuestas**

«[…], si una entidad pública estaba adelantando un proceso de licitación pública mediante los documentos tipo adoptados con las resoluciones 044 y 045, y cuyo proceso ya se encontraba en pliegos definitivos a la fecha de publicación de dicha resolución, pero en su cronograma aun podía realizar ajustes, ¿Esta entidad estaba obligada a ajustar los documentos del proceso a lo reglamentado con la resolución 116 antes de dar cierre al mismo?»

La Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020 es obligatoria para los procedimientos de licitación pública y de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia; no a los anteriores. El artículo 4º del referido acto administrativo dispone que «Esta resolución rige a partir de su publicación», pero este precepto debe interpretarse con el matiz previsto para las normas anteriores, en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Por lo tanto, si se había expedido el acto administrativo de apertura de la licitación pública antes de la vigencia de la mencionada Resolución y esta comienza a regir después, la entidad estatal no se encuentra obligada a adecuar el pliego de condiciones al contenido de dicho reglamento.

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

Atentamente,



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

1. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo». [↑](#footnote-ref-2)
2. Código Civil. «Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella». [↑](#footnote-ref-3)
3. Ibid. [↑](#footnote-ref-4)
4. Resolución 116 de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ibid. [↑](#footnote-ref-6)
6. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en vigencia de la Constitución Política de 1991 la publicación de la ley es coetánea a su promulgación, y que tal es un requisito tanto para la validez, como para la eficacia (oponibilidad) de las leyes, las cuales solo tienen vigencia si se han promulgado y publicado en el Diario Oficial (Sentencia C-932 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-7)
7. Tales subreglas son coherentes con la forma como la doctrina del Derecho administrativo comparado ha entendido de tiempo atrás la vigencia de las leyes. Al respecto, basta leer las palabras de Marienhoff, cuando se pregunta «¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo?», respondiendo a renglón seguido: «El principio general consiste en que las leyes rigen *“ex nunc”*, para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido. Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración. Con el mismo carácter *“excepcional”*, la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, *“ex tunc”*; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración *expresa* o bien de otra forma *inequívoca*: la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo» (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, Teoría General. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. pp. 228-229). [↑](#footnote-ref-8)
8. El apartado normativo establece: «En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente Ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley». [↑](#footnote-ref-9)