**CCE-DES-FM-17**

**SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción ― Requisitos habilitantes**

[…] se considera «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 ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad financiera**

La capacidad financiera se determina a través de la liquidez y el endeudamiento de los proponentes. Esta busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de estos últimos, particularmente, demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. Para la doctrina, este requisito «[…] corresponde a la idea de que el proponente tiene la solidez económica y financiera suficiente para responder por el objeto contractual que se llegue a pactar. Para el efecto, se analizan los principales indicadores económicos del proponente (patrimonio, liquidez y nivel de endeudamiento) y, con fundamento en ellos, se determina si este es suficientemente idóneo desde la perspectiva económica para ejecutar adecuadamente el contrato».

**CAPACIDAD FINANCIERA ― Indicadores**

Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de la capacidad financiera los siguientes: i) el índice de liquidez, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el índice de endeudamiento, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la razón de cobertura de intereses, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones financieras. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente recomienda valorar otro tipo de indicadores como el capital de trabajo, la razón de efectivo, la denominada prueba ácida , la concentración de endeudamiento a corto y a largo plazo y el patrimonio.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad de organización**

La capacidad de organización, según el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», elaborado por la Agencia Nacional de Contratación Pública, es «la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna». Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la rentabilidad del patrimonio, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente. Por el otro, la rentabilidad del activo, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio.

**INDICADORES FINANCIEROS Y ORGANIZACIONALES ― Decreto 1082 de 2015 ― Carácter enunciativo**

Es necesario indagar si los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, pues la norma no hace referencia a otros diferentes. Por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 20Esta segunda respuesta contiene la interpretación jurídica que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

**INDICADORES FINANCIEROS Y ORGANIZACIONALES ― Competencia ― Determinación**

[…] corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional. Esto último, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, debe hacerse de acuerdo con la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los riesgos asociados al contrato, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto. Todo porque la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, como, por ejemplo, el que estable el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá D.C., **03/12/2021**

Señor

**Andrés Felipe Guzmán Rojas**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 669 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción y factores de escogencia / REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad financiera / CAPACIDAD FINANCIERA ― Indicadores / REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad de organización / INDICADORES FINANCIEROS Y ORGANIZACIONALES ― Decreto 1082 de 2015 ― Carácter enunciativo / INDICADORES FINANCIEROS Y ORGANIZACIONALES ― Competencia ― Determinación |
| **Radicación:** | Respuesta a la consulta P20211024009813 |

Estimado señor Guzmán Rojas:

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 24 de octubre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «En el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, se indica que la entidad estatal puede solicitar indicadores de la capacidad financiera diferentes a los certificados en el RUP. Si el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 expresamente señala "los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado", es decir, es claramente un (sic) lista taxativa. ¿Cuál es el fundamento jurídico para que una entidad estatal pueda solicitar indicadores de la capacidad financiera diferentes a los señalados en este numeral?», ii) «¿Cuál es el fundamento jurídico para que la entidad estatal pueda requerir indicadores de la capacidad organizacional diferentes a los señalados en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015? que también tiene una lista taxativa», iii) «Si en el RUP no se certifica el indicador patrimonio, ¿cómo debe la entidad estatal verificar este indicador?» y iv) «¿Cómo debe la entidad estatal determinar el indicador patrimonio que va a requerir como requisito habilitante en el proceso de contratación?».

1. **Consideraciones**

Para resolver la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) requisitos habilitantes y criterios para participar en los procedimientos de selección contractual, ii) alcance de la capacidad financiera y organizacional en la contratación estatal y iii) carácter enunciativo de los requisitos habilitantes previstos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007 y autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 15 de noviembre, del 28 de noviembre, 16 de diciembre de 2019 –radicados No. 2201913000008520, 4201912000007329 y 2201913000009295–, así como en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020 y C-330 del 27 de mayo de 2020 y C-396 de 2020 analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y su carácter *enunciativo*. La tesis y argumentos de dichos conceptos se exponen y se complementan a continuación:

**2.1. Requisitos habilitantes: criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual**

Los *requisitos habilitantes* se definen como exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como *criterios de calificación*– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

A partir de lo dicho se deduce entonces que los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo dispone que se considera «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 ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, *entre otros*, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa citada dispone:

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

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 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

Una vez fijados los requisitos habilitantes por la entidad estatal, quienes presenten ofertas deben *acreditar* que cumplen con los mismos, pues, en el evento contrario, las propuestas deberán ser rechazadas. El ente encargado de verificar el cumplimiento por parte de los proponentes sobre los requisitos que haya considerado la entidad como habilitantes será la Cámara de Comercio, esto en la medida en que, mediante el Registro Único de Proponentes –RUP–, se pondrá de presente toda la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera y organizacional, así como la clasificación del proponente[[1]](#footnote-2).

De la misma manera es pertinente mencionar que existen determinados procesos en donde se excepciona el uso del mencionado registro y de la clasificación del proponente, siendo estos los siguientes: contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos de mínima cuantía, entre otros puestos de presente por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-3). Dos de los criterios de habilitación relevantes para el presente concepto son la capacidad financiera y organizacional, los cuales se explicarán a continuación.

**2.2. Capacidad financiera y organizacional en la contratación estatal**

La *capacidad financiera* se determina a través de la liquidez y el endeudamiento de los proponentes. Esta busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de estos últimos, particularmente, demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. Para la doctrina, este requisito «[…] corresponde a la idea de que el proponente tiene la solidez económica y financiera suficiente para responder por el objeto contractual que se llegue a pactar. Para el efecto, se analizan los principales indicadores económicos del proponente (patrimonio, liquidez y nivel de endeudamiento) y, con fundamento en ellos, se determina si este es suficientemente idóneo desde la perspectiva económica para ejecutar adecuadamente el contrato»[[3]](#footnote-4).

Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de la capacidad financiera los siguientes: i) el *índice de liquidez*, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el *índice de endeudamiento*, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la *razón de cobertura de intereses*, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones financieras. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente recomienda valorar otro tipo de indicadores como el *capital de trabajo*, la *razón de efectivo*, la denominada *prueba ácida*[[4]](#footnote-5), la *concentración de endeudamiento a corto* y *a largo plazo* y el *patrimonio*.

Por otra parte, la *capacidad de organización*, según el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», elaborado por la Agencia Nacional de Contratación Pública, es «la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna». Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la *rentabilidad del patrimonio*, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente. Por el otro, la *rentabilidad del activo*, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio.

A juicio de esta Agencia, también son relevantes los siguientes indicadores, pero únicamente en aquellos casos en los que, por las características del objeto a contratar, la naturaleza o la complejidad del proceso de contratación, se requieran: i) margen bruto; ii) margen operacional; iii) margen neto; iv) retorno sobre capital invertido; v) rotación de activos totales; vi) rotación de activos fijos; y vii) rotación de inventarios.

En este contexto, la capacidad financiera y organizacional que la entidad requiera para un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. Además, deben establecerse con fundamento en los estudios del sector, los cuales pueden ser elaborados según la «Guía para la Elaboración de Estudios de Sector», de esta Agencia. En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago, la entidad debe usar los indicadores que considere adecuados respecto al objeto del proceso de contratación, para lo cual no es suficiente la aplicación mecánica de fórmulas financieras, pues deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación.

Para efectos de la consulta, es importante tener en cuenta que los numeral 3 y 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 se refiere a los aspectos de la capacidad financiera y organizacional que deben verificar las cámaras de comercio al momento de la inscripción, renovación o actualización del registro único de proponentes. Sin embargo, no dispone expresamente que el índice de liquidez, el índice de endeudamiento, la razón de cobertura de intereses, rentabilidad del patrimonio y la rentabilidad del activo sean los únicos aspectos que deban validarse obligatoriamente en cada proceso de selección. Una cosa son los requisitos de capacidad financiera y organizacional que debe certificar el registro y otra, muy diferente, los aspectos de estos requisitos habilitantes que la entidad verifica en cada procedimiento contractual. Mientras los primeros están regulados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, los segundos debe establecerlos la entidad contratante en el pliego de condiciones o la invitación, según corresponda.

Este último caso, como se explicó anteriormente, los indicadores deben establecerse en proporción a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago. Tratándose de la mínima cuantía, el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente». Esto significa que en determinadas circunstancias es posible prescindir de la verificación de la capacidad financiera, por ejemplo, cuando existe un pago inmediato contra entrega de los bienes adquiridos o suministrados.

Por tanto, la entidad también puede verificar este aspecto con alguno o todos los indicadores previstos en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, incluso con la posibilidad de validar criterios adicionales a los previstos en el numeral 3 *ibidem*. Una idea similar aplica a los criterios de capacidad organizacional, por lo que la citada guía de verificación de requisitos habilitantes explica que «Las Entidades Estatales pueden establecer indicadores […] adicionales a los establecidos en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, la naturaleza o complejidad del Proceso de Contratación se requiera».

Considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que «En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». Para efectos de los escenarios descritos en el párrafo precedente, la fijación de los indicadores de capacidad financiera y organizacional –bien sean los de los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 u otros adicionales– está unida a la carga justificativa de la entidad en los estudios y documentos previos del proceso de selección.

Al respecto, tratándose del indicador de patrimonio, es necesario tener en cuenta que –además de ser un criterio adicional a los del numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015– mide la cantidad de recursos propios del oferente. De acuerdo con la guía de verificación de los requisitos habilitantes, equivale a la diferencia entre el activo total y el pasivo total. Ambos datos, junto al resultado de la operación aritmética, usualmente se encuentran en el apartado de información financiera del RUP, por lo que la entidad puede revisar el requisito correspondiente con fundamento en el registro, ya que es plena prueba de las circunstancias que en él se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En los indicadores adicionales donde ello no sea posible, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007, la entidad estatal debe solicitar la documentación para verificar directamente el cumplimiento de estos[[5]](#footnote-6).

**2.3. Carácter enunciativo de los requisitos habilitantes previstos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007 y autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos**

Es necesario indagar si los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, pues la norma no hace referencia a otros diferentes. Por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007[[6]](#footnote-7). Esta segunda respuesta contiene la interpretación jurídica que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Existen otros argumentos que sustentan dicha elección interpretativa. Como lo han considerado la Corte Constitucional[[7]](#footnote-8) y el Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), en virtud del «principio del efecto útil», el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que solo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que «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»? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma *sub examine*, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate legislativo en donde se incluyó el parágrafo comentado anteriormente[[9]](#footnote-10), lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, del reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007.

Por otro lado, en el referido «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» se determinaron los parámetros para *establecer*, *acreditar* y *subsanar* los requisitos habilitantes estudiados en los párrafos precedentes. Allí también se precisó que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir «la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia». De acuerdo con el Manual, su propósito consiste en «establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación». En otras palabras, al tratarse de condiciones mínimas, significa que las entidades podrían establecer otras, según su autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta el objeto del contrato, los riesgos detectados en los estudios previos, el presupuesto oficial, entre otros factores.

En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional. Esto último, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, debe hacerse de acuerdo con la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los *riesgos* *asociados al contrato*, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto. Todo porque la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, como, por ejemplo, el que estable el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Al respecto, en la Sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que «[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada».

El *principio de autonomía de la voluntad*, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta, y en el artículo 1602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes. Esto en la medida que además de los argumentos que ya se han planteado, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos; que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual de acuerdo con los parámetros fijados en el Decreto 1082 de 2015; y que una vez establecidos los requisitos habilitantes, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas. Esto sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar.

1. **Respuestas**

i) «En el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, se indica que la entidad estatal puede solicitar indicadores de la capacidad financiera diferentes a los certificados en el RUP. Si el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 expresamente señala "los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado", es decir, es claramente un (sic) lista taxativa. ¿Cuál es el fundamento jurídico para que una entidad estatal pueda solicitar indicadores de la capacidad financiera diferentes a los señalados en este numeral?».

ii) «¿Cuál es el fundamento jurídico para que la entidad estatal pueda requerir indicadores de la capacidad organizacional diferentes a los señalados en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015? que también tiene una lista taxativa».

Conforme a lo explicado en el presente oficio, es importante poner de presente que en nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de la determinación de los requisitos habilitantes en cada proceso contractual, no existe una configuración taxativa. Por el contrario, las entidades estatales, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deben decidir el contenido de los requisitos habilitantes que en cada caso o proceso de selección permitirán comprobar que los eventuales oferentes puedan estar habilitados para participar.

Tratándose de la capacidad financiera y organizacional, en atención a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago, la entidad debe usar los indicadores que considere adecuados respecto del objeto del proceso de contratación, para lo cual no es suficiente la aplicación mecánica de fórmulas, pues deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación.

Es importante tener en cuenta que los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 se refieren a los aspectos de la capacidad financiera y organizacional que deben verificar las cámaras de comercio al momento de la inscripción, renovación o actualización del registro único de proponentes. Sin embargo, no establece expresamente que el índice de liquidez, el índice de endeudamiento, la razón de cobertura de intereses, la rentabilidad del patrimonio y la rentabilidad del activo sean los únicos aspectos que deban validarse obligatoriamente en cada proceso de selección. Una cosa son los requisitos de capacidad financiera y organizacional que debe certificar el registro y otra, muy diferente, los aspectos de estos requisitos habilitantes que la entidad verifica en cada procedimiento contractual. Mientras los primeros están regulados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, los segundos debe establecerlos la entidad contratante en el pliego de condiciones o la invitación, según corresponda.

Respecto a la mínima cuantía, el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente». Esto significa que en determinadas circunstancias es posible prescindir de la verificación de la capacidad financiera, por ejemplo, cuando existe un pago inmediato contra entrega de los bienes adquiridos o suministrados.

Por tanto, la entidad también puede verificar este aspecto con alguno o todos los indicadores previstos en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, incluso con la posibilidad de validar criterios adicionales a los previstos en el numeral 3 *ibidem*. Una idea similar aplica a los criterios de capacidad organizacional, por lo que la citada guía de verificación de requisitos habilitantes explica que «Las Entidades Estatales pueden establecer indicadores […] adicionales a los establecidos en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, la naturaleza o complejidad del Proceso de Contratación se requiera».

Considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que «En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». Para efectos de los escenarios descritos en el párrafo precedente, la fijación de los indicadores de capacidad financiera y organizacional –bien sean los de los numerales 3 y 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 u otros adicionales– está unida a la carga justificativa de la entidad en los estudios y documentos previos del proceso de selección.

iii) «Si en el RUP no se certifica el indicador patrimonio, ¿cómo debe la entidad estatal verificar este indicador?».

Además de ser un criterio adicional a los del numeral 3 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, el indicador de patrimonio mide la cantidad de recursos propios del oferente. De acuerdo con la guía de verificación de los requisitos habilitantes, equivale a la diferencia entre el activo total y el pasivo total. Ambos datos junto al resultado de la operación aritmética usualmente se encuentran en el apartado de información financiera del RUP, por lo que la entidad puede revisar el requisito correspondiente con fundamento el registro, ya que es plena prueba de las circunstancias que en él se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En los indicadores adicionales donde ello no sea posible, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007, la entidad estatal debe solicitar la documentación para verificar directamente el cumplimiento de estos.

iv) «¿Cómo debe la entidad estatal determinar el indicador patrimonio que va a requerir como requisito habilitante en el proceso de contratación?».

Se reitera que los aspectos de la capacidad financiera –incluido el indicador de patrimonio–debe ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato. Además, deben establecerse con fundamento en los estudios del sector, los cuales pueden ser elaborados según la «Guía para la Elaboración de Estudios de Sector», de esta Agencia. Por tanto, en atención a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago, la entidad debe establecer los indicadores que considere adecuados respecto al objeto del proceso de contratación.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres Rojas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Art 6 Ley 1150 de 2007 “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

   No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

   En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación”. [↑](#footnote-ref-2)
2. “No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”. [↑](#footnote-ref-3)
3. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. El deber de selección objetiva. En: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 150-151 [↑](#footnote-ref-4)
4. Mide la liquidez del proponente de manera más estricta que el índice de liquidez, pues no tiene en cuenta su inventario. El inventario es excluido, teniendo en cuenta que es la cuenta menos líquida del activo corriente y no debe ser usada para pagar las obligaciones de corto plazo. [↑](#footnote-ref-5)
5. En lo pertinente, el artículo 6.1 de la Ley 1150 dispone que «*El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio*. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo [5](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#5) de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

   »*No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-6)
6. “Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones

   Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-7)
7. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-8)
8. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencias del 11 de diciembre de 2002, dictada dentro del expediente AG-1683, y del 18 de octubre de 2001, proferida dentro del plenario AG-021. [↑](#footnote-ref-9)
9. Gaceta 096 de 2007. Pág. 9. Allí se lee: «Parágrafo 2°. Nuevo. Se adiciona un parágrafo nuevo para *establecer de manera concreta* que 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, con el fin de evitar la exclusión de aquellas personas o empresas principalmente en regiones apartadas que carecen de tal requisito. Dejando sin embargo a la administración la posibilidad de fijar la implementación de planes de calidad» (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-10)