CCE-DES-FM-17

**DECRETO 399 DE 2021 – Información – Capacidad financiera – Capacidad organizacional**

[…] el artículo 4 del Decreto 399 de 2021 adicionó dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, que a su vez fueron sustituidos posteriormente por el artículo 1 del Decreto 579 del 31 de mayo de 2021. El parágrafo transitorio 1 establece que desde el 1 de junio de 2021 los interesados en inscribirse en el RUP deben reportar la información contable y los estados financieros de los tres últimos años fiscales. Sin embargo, si el interesado no tiene una antigüedad de tres años, podrá acreditar dicha información desde el primer cierre fiscal. Dicho parágrafo además permite que el proponente con inscripción activa y vigente en el RUP actualice la información del 2018 y/o 2019, por no contar con los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de estos años, de manera gratuita, durante el mes de junio de 2021, por una sola vez. En todo caso, aclara que si el proponente tiene registrada la información de dichos años en la cámara de comercio, no deberá presentar esta información.

**DECRETO 399 DE 2021 – Indicadores – Capacidad financiera – Capacidad organizacional**

Por otra parte, el artículo 5 del Decreto 399 de 2021 adiciona dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, que regula el contenido del certificado del RUP. El primer parágrafo transitorio, que fue posteriormente sustituido por el artículo 2 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] los requisitos e indicadores de la capacidad financiera y organizacional de que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 corresponderán a los últimos tres (3) años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente». Para esto, las cámaras de comercio, a partir del 1 de julio de 2021, «certificarán la información de que tratan los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de este Decreto». Los requisitos e indicadores de la capacidad financiera consagrados en el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 son: i) el índice de liquidez, ii) el índice de endeudamiento y iii) la razón de cobertura de intereses. Los requisitos e indicadores de capacidad organizacional son: i) la rentabilidad del patrimonio y ii) la rentabilidad del activo. El segundo parágrafo transitorio establece que «El proponente con inscripción activa y vigente que reporte la información de la capacidad financiera y organizacional, señalada en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del presente Decreto, deberá presentarla en el formato que las Cámaras de Comercio dispongan unificadamente para tal efecto».

**MEJOR AÑO FISCAL – Decretos 399 y 579 de 2021 – Capacidad financiera – Capacidad organizacional – Interpretación**

[…] Por «mejor año fiscal» se interpreta la información relativa al año apreciada en su conjunto, o sea, de manera integral, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional. Dicho de otro modo, cuando el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2, adicionado por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», significa que deben examinar los años certificados en el RUP y escoger para ser evaluado el que refleje mejores indicadores de capacidad financiera y organizacional, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y capacidad organizacional.

**EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Contratos para la prestación de servicios de salud – No obligatoriedad RUP – Discrecionalidad – Decretos 399 y 579 de 2021 – Aplicación facultativa**

Las indicadas excepciones a la obligación general de inscribirse en el RUP para celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al EGCAP, son de interpretación estricta. Esto también se fundamenta en el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, al prescribir que la inscripción en el RUP es imperativa para los sujetos mencionados en el primer inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

Ahora bien, dicha excepcionalidad no impide que las entidades estatales al determinar los requisitos habilitantes del proceso, y concretamente los de capacidad financiera y organizacional, así como la forma en que se efectuará su evaluación, puedan acoger facultativamente una regulación similar a la establecida en los Decretos 399 y 579 de 2021, para permitir que la capacidad financiera y organizacional se acredite con los mejores indicadores de los últimos 3 años, permitiendo que dicha capacidad se acredite con el mejor año fiscal de ellos. Sin embargo, es necesario precisar que, en ejercicio del deber de análisis que les concierne, las entidades estatales serán las responsables de definir si en estos procesos, donde no es exigible el RUP, realizarán la evaluación con la información de los estados financieros del último año o con la correspondiente a los mejores indicadores de los últimos tres (3) años fiscales, aspecto que deberá quedar consignado en los respectivos pliegos de condiciones. En tal sentido, la evaluación de la capacidad financiera y la capacidad organizacional en los procesos de selección abreviada para contratar la prestación de servicios de salud, se realizará en los términos establecidos en los pliegos de condiciones, pues las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para regular este aspecto, de acuerdo con lo explicado.

En efecto, al no ser obligatorio el RUP en estos procesos no aplica directamente la regulación establecida en los Decreto 399 y 579 que, como se explicó, quedó atada al Registro Único de Proponentes. Lo anterior, sin perjuicio de que, como buena práctica contractual, dado que dicha normativa tiene como finalidad incentivar la reactivación económica y la participación dentro de los procesos de contratación pública, como respuesta a las afectaciones que ha producido la pandemia, puedan discrecionalmente incluir una regulación similar en sus pliegos de condiciones, estableciendo las reglas para la acreditación de la capacidad financiera y organizacional.



Señor

**Samuel Gutiérrez**

Ciudad

**Concepto C ‒ 748 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DECRETO 399 DE 2021 – Finalidad – Reactivación económica / DECRETO 399 DE 2021 – Información – Capacidad financiera – Capacidad organizacional / MEJOR AÑO FISCAL – Decreto 399 – Capacidad financiera – Capacidad organizacional / EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Procesos exceptuados del RUP - Noción de mejor año fiscal como buena práctica contractual  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20211223011724 |

Estimado señor Gutiérrez:

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 27 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«De conformidad con el Decreto 579 de 2021 se establecieron condiciones adicionales para garantizar la pluralidad de oferentes de los proponentes que estan inscritos en el RUP, al permitirles presentar los estados financieros de los ultimos 3 años, de los cuales la Entidad Publica deberá tomar el mejor de estos. Conforme a lo anterior se solicita concepto, con el fin de determinar si esta condición aplica para los proponentes que de acuerdo al inciso 2 del articulo 6 de la ley 1150 de 2007, que no tienen la obligación de presentar RUP, respecto de los procesos de PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD a quienes únicamente se les requiere presentar estados financieros a corte 31 de diciembre del año inmediatamente anterior».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional; ii) modificaciones introducidas por los Decretos 399 de 2021 y 579 de 2021 respecto a la información contenida en el RUP y delimitación de su verificación dentro del «mejor año fiscal» y iii) la causal de selección abreviada para la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud y la no obligatoriedad del RUP en estos procesos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció sobre la acreditación de los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, entre otros, en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C-002 del 12 de febrero de 2020, C-089 del 4 de marzo de 2020, C-099 del 06 de abril de 2020, C-166 del 14 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-326 del 9 de junio de 2020 y C-140 del 9 de abril de 2021. Adicionalmente, en los conceptos C-288 del 17 de junio de 2021, C-353 del 19 de julio de 2021, C-366 del 26 de julio de 2021, C-372 del 28 de julio de 2021, C-406 del 13 de agosto de 2021, C-407, C-443 y C 540 del 25 de agosto de 2021 y C-558 del 2 de septiembre de 2021, C-618, C-620 y C-621 del 4 de noviembre de 2021, C-628 del 9 de noviembre de 2021 y C-660 del 22 de diciembre de 2021, se analizó la definición del «mejor año fiscal» y la forma en que se efectuará la verificación de las ofertas, de acuerdo con las modificaciones realizadas mediante los Decretos 399 y 579 de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos, se reiteran y complementan a continuación[[1]](#footnote-1).

**2.1. Requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, exige el cumplimiento de los requisitos habilitantes en los procesos de selección. Mediante ellos las entidades fijan unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que pueda verificarse su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal[[2]](#footnote-2). Dentro de los requisitos habilitantes se destaca la «capacidad financiera» y la «capacidad organizacional». Cada entidad estatal, como responsable de la estructuración de su procedimiento de selección, es autónoma para requerir la capacidad financiera y la capacidad organizacional necesarias, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende suscribir y a su valor. Para esto, la entidad, según el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes, como por ejemplo la identificación de riesgos, así como el precio del bien, obra o servicio a contratar[[3]](#footnote-3).

La «capacidad financiera» se deriva del índice de liquidez, de endeudamiento y de la razón de cobertura de intereses del proponente, y permite conocer si tiene solidez financiera suficiente para cumplir los compromisos que adquiera en virtud de la celebración del contrato. Como lo explicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación», «Los indicadores de capacidad financiera buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato»[[4]](#footnote-4).

La «capacidad organizacional», por su parte, «[…] es la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna. El Decreto 1082 de 2015 definió los indicadores de rentabilidad para medir la capacidad organizacional de un proponente teniendo en cuenta que está bien organizado cuando es rentable»[[5]](#footnote-5).

Respecto de la capacidad financiera, esta debe inscribirse en el RUP con los estados financieros del proponente, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, si cuenta con él. Si es una sociedad no obligada a tenerlo, estos documentos también deben suscribirse por el auditor o contador. De este modo, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga los indicadores financieros solicitados por la entidad, que le permitan satisfacer la necesidad que se contratará una vez desarrollado el procedimiento de selección. Por otro lado, la capacidad organizacional evalúa la rentabilidad de la empresa, que es directamente proporcional a su organización interna, y también se verifica con el RUP, de acuerdo con los indicadores financieros y organizacionales señalados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación». En dicho Manual se plantean definiciones para cada requisito habilitante y se indican lineamientos orientadores que las entidades pueden considerar para establecerlos, en este caso, para exigir la capacidad financiera y la capacidad organizacional. Sobre la capacidad financiera, como requisito habilitante, el Manual señala que sus indicadores deben establecerse de acuerdo con el estudio del sector que le permitió a la entidad conocer cómo se debe ejecutar el objeto contractual, y que es necesario analizar cada fórmula para que la interpretación no sea simplemente operativa, sino que su aplicación se fundamente en el entendimiento del resultado y sus implicaciones para el procedimiento contractual[[6]](#footnote-6).

Ahora bien, la capacidad organizacional también se mide a través de indicadores: i) rentabilidad del patrimonio y ii) rentabilidad del activo. Sus resultados deben interpretarse observando el riesgo que un indicador alto o bajo representa para el proceso contractual. Por ende, la entidad debe establecer unos límites dentro de los cuales se garantice que el proponente pueda cumplir el contrato en caso de celebrarlo[[7]](#footnote-7). No obstante, las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes pueden establecer los indicadores financieros y organizacionales necesarios, siempre que estos sean proporcionales al objeto a ejecutar y al valor del contrato, lo que sucede tanto en procesos en los que sea necesario aportar el RUP, como en los que están exceptuados de este requisito.

**2.2. Modificaciones introducidas por los Decretos 399 de 2021 y 579 de 2021 respecto a la información contenida en el RUP y delimitación de su verificación dentro del «mejor año fiscal»**

Para alcanzar la reactivación económica, ante la crisis generada por la pandemia del COVID-19, el gobierno nacional expidió el Decreto 399 de 2021, mediante el cual se establecen algunas modificaciones al Decreto 1082 de 2015 frente a la regulación de la información financiera y organizacional prevista en el Registro Único de Proponentes –RUP–. En tal sentido, se indicó –a partir de la modificación posteriormente introducida por el Decreto 579 de 2021– que a partir del 1 de *julio* de 2021[[8]](#footnote-8) las entidades estatales deberán tener en cuenta los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de los últimos tres años, consignada en el RUP. Así lo justifica textualmente el reglamento mencionado, en sus consideraciones:

Que debido al impacto negativo en la economía del país, generado por la pandemia del COVID-19, reconociendo la realidad financiera de muchas de las personas naturales y jurídicas que fueron afectadas por ella y con la finalidad de permitir la reactivación económica, es conveniente modificar transitoriamente algunos artículos del Decreto 1082 de 2015, para que el Registro Único de Proponentes contenga información financiera de los oferentes en relación con los últimos tres (3) años y no solo del último año, lo cual aplicaría para las inscripciones y renovaciones que se realicen en los años 2021 y 2022.

Que la modificación anterior brindará herramientas adicionales a las entidades estatales para que, en su deber de planeación y de análisis del sector, determinen los requisitos habilitantes exigibles en sus procedimientos de selección, particularmente, en relación con la capacidad financiera y organizacional de los proponentes. Lo anterior, teniendo en cuenta la situación actual derivada de la pandemia del COVID-19, toda vez que la mayoría de los sectores económicos han sufrido efectos negativos a causa de esta.

Que en armonía con lo anterior, para los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de septiembre de 2021, las entidades estatales al estructurar sus procedimientos de selección tendrán en cuenta la información vigente y en firme que conste en el RUP, por lo que al evaluar las ofertas verificarán el cumplimiento de los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, con los indicadores del mejor año que se refleje en el registro de cada proponente. De esta manera, los oferentes podrán acreditar el cumplimiento de estos requisitos habilitantes con los mejores indicadores de los últimos tres (3) años.

Que mediante lo anterior se propenderá por una mayor pluralidad de oferentes en los procedimientos de selección y se fortalecerá la reactivación económica del país, al permitir la participación en estos procedimientos de proponentes que fueron afectados negativamente por la pandemia del COVID-19.

En tal sentido, el artículo 4 del Decreto 399 de 2021 adicionó dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, que a su vez fueron sustituidos posteriormente por el artículo 1 del Decreto 579 del 31 de mayo de 2021[[9]](#footnote-9). El parágrafo transitorio 1 establece que desde el 1 de junio de 2021 los interesados en inscribirse en el RUP deben reportar la información contable y los estados financieros de los tres últimos años fiscales. Sin embargo, si el interesado no tiene una antigüedad de tres años, podrá acreditar dicha información desde el primer cierre fiscal. Dicho parágrafo además permite que el proponente con inscripción activa y vigente en el RUP actualice la información del 2018 y/o 2019, por no contar con los datos sobre la capacidad financiera y organizacional de estos años, de manera gratuita, durante el mes de junio de 2021, por una sola vez. En todo caso, aclara que si el proponente tiene registrada la información de dichos años en la cámara de comercio, no deberá presentar esta información.

El parágrafo transitorio 2 establece que, en el año 2022, para la inscripción en el RUP o para su renovación, el interesado debe reportar la información contable y los estados financieros de los tres últimos años fiscales. Además, reitera que, si aquel no cuenta con la información financiera de dichos años, por no tener la antigüedad suficiente, podrá aportar la información de su primer cierre fiscal. Igualmente, señala que si la información del interesado correspondiente a los años 2019 y/o 2020 reposa en la cámara de comercio, no se tendrá que presentar de nuevo, porque conservará firmeza para efectos de su certificación.

Por otra parte, el artículo 5 del Decreto 399 de 2021 adiciona dos parágrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, que regula el contenido del certificado del RUP. El primer parágrafo transitorio, que fue posteriormente sustituido por el artículo 2 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] los requisitos e indicadores de la capacidad financiera y organizacional de que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 corresponderán a los últimos tres (3) años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente». Para esto, las cámaras de comercio, a partir del 1 de julio de 2021, «certificarán la información de que tratan los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de este Decreto». Los requisitos e indicadores de la capacidad financiera consagrados en el literal (b) del artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 son: i) el índice de liquidez, ii) el índice de endeudamiento y iii) la razón de cobertura de intereses. Los requisitos e indicadores de capacidad organizacional son: i) la rentabilidad del patrimonio y ii) la rentabilidad del activo. El segundo parágrafo transitorio establece que «El proponente con inscripción activa y vigente que reporte la información de la capacidad financiera y organizacional, señalada en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del presente Decreto, deberá presentarla en el formato que las Cámaras de Comercio dispongan unificadamente para tal efecto».

De otro lado, el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 adiciona un parágrafo transitorio –sustituido después por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021– al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015[[10]](#footnote-10), con el siguiente contenido:

De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., y en desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1° de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1° de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente. ​​

Como se observa, el parágrafo transitorio, agregado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, establece que:

i) A partir del 1 de julio de 2021 las entidades estatales «[…] establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes». Es decir, las entidades estatales deben tener en cuenta la información sobre la capacidad financiera y organizacional «correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto» o «desde su primer cierre fiscal», según el caso.

ii) Las entidades estatales conservan su discrecionalidad administrativa para determinar los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional, pero «En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación». El principio de proporcionalidad exige que dichos indicadores sean razonables, o sea, que guarden congruencia con el objeto, alcance, valor y plazo del contrato, que sean necesarios y no restrinjan injustificadamente la libre concurrencia.

iii) En los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021 las entidades estatales deberán tener en cuenta la información financiera y organizacional que esté vigente y en firme en el RUP.

iv) A partir de la fecha establecida anteriormente, la evaluación de los indicadores de capacidad *financiera –*índice de liquidez, índice de endeudamiento y razón de cobertura de intereses– y *organizacional* –rentabilidad del patrimonio y rentabilidad del activo–, se deberá realizar por parte de las entidades estatales «teniendo en cuenta *el mejor año fiscal que se refleje en el registro* de cada proponente» (énfasis fuera de texto).

Es decir, como el certificado del RUP debe contener la información financiera y organizacional del proponente correspondiente a los últimos tres años o al período transcurrido desde su primer cierre fiscal, según el caso, al momento de evaluar tales indicadores las entidades estatales deberán tener en cuenta «el mejor año fiscal» que refleje el registro. Por «mejor año fiscal» se interpreta la información relativa al año apreciada en su conjunto, o sea, de manera integral, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional. Dicho de otro modo, cuando el parágrafo transitorio del artículo 2.2.1.1.1.6.2, adicionado por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, establece que «[…] las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente», significa que deben examinar los años certificados en el RUP y escoger para ser evaluado el que refleje mejores indicadores de capacidad financiera y organizacional, que permita al proponente cumplir los requisitos habilitantes de capacidad financiera y capacidad organizacional.

Por lo tanto, el parágrafo transitorio, agregado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 por el artículo 6 del Decreto 399 de 2021 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 de 2021, no exige que las entidades estatales tengan en cuenta el mejor año *por cada indicador*; verbigracia, el mejor año para el índice de liquidez, el mejor año para el índice de endeudamiento o el mejor año para la rentabilidad del patrimonio. Atendiendo a la teleología del Decreto 399 de 2021, por «mejor año» debe entenderse aquel en el que, analizados conjuntamente todos los indicadores de capacidad financiera y organizacional, registrados en el RUP le permita al proponente cumplir con dichos requisitos habilitantes.

Se concluye entonces que, según la finalidad del Decreto 399 de 2021, el «mejor año fiscal» es, objetivamente, aquel en el que, vistos en su conjunto los indicadores de capacidad financiera y organizacional, el proponente podría cumplir estos requisitos habilitantes en el proceso de selección. Tales requisitos deben establecerse por la entidad estatal en el pliego de condiciones o documento equivalente y han de ser el resultado de un adecuado análisis en la fase de planeación, que permita establecer índices de capacidad financiera y organizacional razonables. Ahora bien, del hecho de que la entidad estatal deba evaluar los indicadores de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta el «mejor año fiscal», no se infiere que el proponente siempre cumplirá tales requisitos habilitantes, pues, precisamente, ese es el análisis que deberá hacer la entidad pública con la información disponible en el RUP.

**2.3.** **Causal de selección abreviada para la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud: no obligatoriedad del RUP**

La contratación de servicios de salud era una causal de contratación directa en la Ley 80 de 1993, antes de su modificación por la Ley 1150 de 2007, que la consagró como una causal de selección abreviada. En tal sentido, el literal i) del derogado numeral 1 del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– prescribía que: «1) La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: […] Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios»**.**

Actualmente, con la Ley 1150 de 2007 se estableció la necesidad de que este tipo de contrataciones se realizaran mediante un procedimiento simplificado de contratación, como es la selección abreviada. Al respecto, el artículo 2°, numeral 2, literal c) de la Ley citada dispone:

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.

[…]

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley [100](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1) de 1993 y en la Ley [1122](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html#1) de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

[…]

De lo anterior se desprende que la contratación de prestación de servicios de salud aplica para aquellas entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, es decir, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[11]](#footnote-11). En esta causal se establece que al reglamento interno le corresponde fijar las garantías. Así mismo, se resalta que los pagos se pueden hacer mediante encargos fiduciarios, lo cual permite el control en la celebración y ejecución de contratos.

Desde el punto de vista reglamentario, el artículo 2.2.1.2.1.2.21 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que la entidad estatal que requiera la prestación de servicios de saluddebe aplicar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, y obliga que las personas naturales o jurídicas que presten este tipo de servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces[[12]](#footnote-12).

A partir de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y las demás normas que regulan la prestación de servicios de salud, se pueden establecer cinco (5) características de este tipo de contratos, bajo el entendido que se celebren bajo régimen establecido en el EGCAP:

i) El Decreto 1082 de 2015 sujeta el procedimiento de contratación a la selección abreviada de menor cuantía. En tal sentido, la entidad debe tener en cuenta las reglas dispuestas para este tipo de procesos en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 *ibidem*, como son la manifestación de interés y la posibilidad del sorteo cuando se presentan más de diez (10) oferentes.

ii) Los que prestan este tipo de servicios deben estar inscritos en el registro que disponga el Ministerio de Salud. En torno a esta regla se establece la obligatoriedad de un registro especial que habilita a las personas naturales y jurídicas para ser contratadas por este tipo de servicios por las entidades públicas[[13]](#footnote-13).

iii) El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas.

iv) Los pagos correspondientes podrán hacerse mediante encargos fiduciarios, es decir, se entregan a una sociedad fiduciaria los recursos para su administración, teniendo en cuenta las actividades de prestación de servicios de salud. En ningún caso se configura la transferencia del dinero del fideicomitente al fiduciario y, por tanto, no existe constitución de un patrimonio autónomo.

v) No es exigible el Registro Único de Proponentes –RUP– dentro de estos procesos de contratación, de acuerdo con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-14). En relación con este último aspecto se realizarán algunas precisiones, teniendo en cuenta las preguntas del peticionario.

Como se señaló en los numerales anteriores de este concepto, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por regla general, deberán efectuar la evaluación de las ofertas teniendo en cuenta la información que reposa en el certificado del Registro Único de Proponentes, dado que constituye plena prueba de la información que contiene, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007. Por su parte, el artículo 5.1 ibídem, al fijar los criterios que deben tener en cuenta las entidades estatales para garantizar la selección objetiva, dispone que las Cámaras de Comercio verificarán la información suministrada por las personas naturales o jurídicas para la inscripción en el Registro. Esta información debe tenerse en cuenta por las entidades en los procedimientos de contratación en los que es exigible el RUP. De esta forma, la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes deberán ser verificadas mediante el Registro Único de Proponentes.

Sin embargo, como se evidenció, el RUP no es exigible en algunos procedimientos de contratación, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud –como se explicó anteriormente–, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, razón por la cual las entidades estatales deben verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes, tal como se establece en inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, citado anteriormente.

Las indicadas excepciones a la obligación general de inscribirse en el RUP para celebrar contratos con las entidades estatales sometidas al EGCAP, son de interpretación estricta. Esto también se fundamenta en el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, al prescribir que la inscripción en el RUP es imperativa para los sujetos mencionados en el primer inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley[[15]](#footnote-15).

Ahora bien, dicha excepcionalidad no impide que las entidades estatales al determinar los requisitos habilitantes del proceso, y concretamente los de capacidad financiera y organizacional, así como la forma en que se efectuará su evaluación, puedan acoger *facultativamente* una regulación similar a la establecida en los Decretos 399 y 579 de 2021, para permitir que la capacidad financiera y organizacional se acredite con los mejores indicadores de los últimos 3 años, permitiendo que dicha capacidad se acredite con el mejor año fiscal de ellos. Sin embargo, es necesario precisar que, en ejercicio del deber de análisis que les concierne, las entidades estatales serán las responsables de definir si en estos procesos, donde no es exigible el RUP, realizarán la evaluación con la información de los estados financieros del último año o con la correspondiente a los mejores indicadores de los últimos tres (3) años fiscales, aspecto que deberá quedar consignado en los respectivos pliegos de condiciones. En tal sentido, la evaluación de la capacidad financiera y la capacidad organizacional en los procesos de selección abreviada para contratar la prestación de servicios de salud, se realizará en los términos establecidos en los pliegos de condiciones, pues las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para regular este aspecto, de acuerdo con lo explicado.

En efecto, al no ser obligatorio el RUP en estos procesos no aplica directamente la regulación establecida en los Decreto 399 y 579 que, como se explicó, quedó atada al Registro Único de Proponentes[[16]](#footnote-16). Lo anterior, sin perjuicio de que, como buena práctica contractual, dado que dicha normativa tiene como finalidad incentivar la reactivación económica y la participación dentro de los procesos de contratación pública, como respuesta a las afectaciones que ha producido la pandemia, puedan *discrecionalmente* incluir una regulación similar en sus pliegos de condiciones, estableciendo las reglas para la acreditación de la capacidad financiera y organizacional.

**3. Respuesta**

«De conformidad con el Decreto 579 de 2021 se establecieron condiciones adicionales para garantizar la pluralidad de oferentes de los proponentes que estan inscritos en el RUP, al permitirles presentar los estados financieros de los ultimos 3 años, de los cuales la Entidad Publica deberá tomar el mejor de estos. Conforme a lo anterior se solicita concepto, con el fin de determinar si esta condición aplica para los proponentes que de acuerdo al inciso 2 del articulo 6 de la ley 1150 de 2007, que no tienen la obligación de presentar RUP, respecto de los procesos de PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD a quienes únicamente se les requiere presentar estados financieros a corte 31 de diciembre del año inmediatamente anterior»

Tal como se explicó en las consideraciones, de acuerdo con lo establecido en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, los procesos que se adelanten para contratar la prestación de servicios de salud están exceptuados de exigir el RUP. Ahora bien, dicha excepcionalidad no impide que las entidades estatales al determinar los requisitos habilitantes del proceso, y concretamente los de capacidad financiera y organizacional, así como la forma en que se efectuará su evaluación, puedan acoger *facultativamente* una regulación similar a la establecida en los Decretos 399 y 579 de 2021, para permitir que la capacidad financiera y organizacional se acredite con los mejores indicadores de los últimos 3 años, permitiendo que dicha capacidad se acredite con el mejor año fiscal de ellos.

Sin embargo, es necesario precisar que, en ejercicio del deber de análisis que les concierne, las entidades estatales serán las responsables de definir si en estos procesos, donde no es exigible el RUP, realizarán la evaluación con la información de los estados financieros del último año o con la correspondiente a los mejores indicadores de los últimos tres (3) años fiscales, aspecto que deberá quedar consignado en los respectivos pliegos de condiciones. En tal sentido, la evaluación de la capacidad financiera y la capacidad organizacional en los procesos de selección abreviada para contratar la prestación de servicios de salud, se realizará en los términos establecidos en los pliegos de condiciones, pues las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para regular este aspecto, de acuerdo con lo explicado.

En efecto, al no ser obligatorio el RUP en estos procesos no aplica directamente la regulación establecida en los Decreto 399 y 579 que, como se explicó, quedó atada al Registro Único de Proponentes. Lo anterior, sin perjuicio de que, como buena práctica contractual, dado que dicha normativa tiene como finalidad incentivar la reactivación económica y la participación dentro de los procesos de contratación pública, como respuesta a las afectaciones que ha producido la pandemia, puedan *discrecionalmente* incluir una regulación similar en sus pliegos de condiciones, estableciendo las reglas para la acreditación de la capacidad financiera y organizacional.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Estos conceptos se encuentran publicados en la relatoría de la entidad. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. 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.

»[...]». [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-3)
4. Disponible en:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_requisitos\_habilitantes.pdf [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd. [↑](#footnote-ref-5)
6. El Manual señala que: «[...] En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y de su valor, plazo y forma de pago, la Entidad Estatal debe hacer uso de los indicadores que considere adecuados respecto al objeto del Proceso de Contratación.

«Las Entidades Estatales no deben limitarse a determinar y aplicar de forma mecánica fórmulas financieras para determinar los indicadores. Deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación». [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto, el Manual indica: «La determinación de cada requisito habilitante debe estar enmarcada en el análisis y el concepto de lo que mide el indicador. Si el indicador representa una mayor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un valor máximo para el requisito habilitante. Si el indicador representa una menor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un mínimo». [↑](#footnote-ref-7)
8. En efecto, es importante mencionar desde este momento que mediante el Decreto 579 de 2021, expedido recientemente, el gobierno nacional anticipó estas medidas, sustituyendo algunos parágrafos transitorios que había agregado el Decreto 399 de 2021, como se explicará más adelante. Concretamente, el Decreto 579 de 2021 establece que en los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de *julio* de 2021 –ya no desde el 1 de septiembre, como inicialmente lo señalaba el Decreto 399 de 2021–, las entidades estatales deben evaluar los indicadores de la capacidad financiera teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el RUP, y con esta capacidad financiera también deberán calcular la capacidad residual. [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 1. Sustitución de los parágrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Sustitúyase los parágrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.1.5.2. de la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, los cuales quedarán así:

»"PARÁGRAFO TRANSITORIO 1: A partir del 1 de junio de 2021, para efectos de la inscripción en el Registro Único de Proponentes, el interesado reportará la información contable de que tratan los numerales 1.3 y 2.3 de este artículo, correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto.

»En aquellos eventos en que el proponente no tenga la antigüedad suficiente para aportar la información financiera correspondiente a los tres (3) años descritos en el inciso anterior, podrá acreditar dicha información desde su primer cierre fiscal.

»El proponente con inscripción activa y vigente que no tenga la información de la capacidad financiera y organizacional delos años 2018 y/o 2019 inscrita en el Registro Único de Proponentes, durante el mes de junio de 2021, podrá reportar por única vez, mediante una solicitud de actualización, únicamente la información contable correspondiente a estos años, sin costo alguno.

»El proponente que tenga inscrita en la cámara de comercio la información de la capacidad financiera y organizacional de los años 2018 y/o 2019, no deberá presentar la información que repose en la respectiva cámara de comercio, la cual conservará la firmeza para efectos de su certificación.

»PARÁGRAFO TRANSITORIO 2: En el año 2022, para efectos de la inscripción o renovación del Registro Único de Proponentes, el interesado reportará la información contable de que tratan los numerales 1.3 y 2.3 de este artículo, correspondiente a los últimos tres (3) años fiscales anteriores al respectivo acto.

»En aquellos eventos en que el proponente no tenga la antigüedad suficiente para aportar la información financiera correspondiente a los tres (3) años descritos en el inciso anterior, podrá acreditar dicha información desde su primer cierre fiscal.

»El proponente que tenga inscrita en la cámara de comercio la información de la capacidad financiera y organizacional de los años 2019 y/o 2020, no deberá presentar la información que repose en la respectiva cámara de comercio, la cual conservará la firmeza para efectos de su certificación"». [↑](#footnote-ref-9)
10. Debe recordarse que el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 prevé lo siguiente: « La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-10)
11. DÁVILA VINUEZA, Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis. p. 472. [↑](#footnote-ref-11)
12. **Artículo 2.2.1.2.1.2.21.**Contratos de prestación de servicios de salud. La Entidad Estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces. [↑](#footnote-ref-12)
13. Para mayor profundidad respecto a este aspecto, se puede consultar el concepto C-683 del 19 de enero de 2022 de esta Agencia, disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-683%20de%202021>.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. [Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012] 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. (Cursiva fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
15. «Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley». [↑](#footnote-ref-15)
16. En efecto, el parágrafo transitorio adicionado al artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 y sustituido por el artículo 3 del Decreto 579 del 31 de mayo de 2021, el cual se analizó en el numeral 2.2. de este concepto establece: «De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., y en desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1 de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

»Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente​». [↑](#footnote-ref-16)