**OBRAS CIVILES INCONCLUSAS – Concepto – Ley 2020 de 2020**

La Ley 2020 de 2020 creó el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Se trata de un sistema que permite identificar el estado de ejecución o terminación de las obras financiadas total o parcialmente con recursos públicos, para concretar su destinación definitiva. Según el inciso primero del literal a) del artículo 2 de esta ley, se entiende por obra civil inconclusa la “Construcción, mantenimiento, instalación o realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, que un (1) año después de vencido el término de liquidación contractual, no haya concluido de manera satisfactoria para el interés general o el definido por la Entidad Estatal contratante, o no esté prestando el servicio para el cual fue contratada”.

**REGISTRO NACIONAL DE OBRAS CIVILES INCONCLUSAS – Deber de verificación – Discrecionalidad**

(…) el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 establece que “Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5 o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique”. De lo prescrito en la disposición precitada, se deriva que el deber de consultar y analizar solamente aplica a las tipologías contractuales de obra pública y de interventoría, y no a los demás contratos de consultoría. Esto por cuanto, si bien el contrato de interventoría es de consultoría, no todo contrato de consultoría tiene por objeto una interventoría. Así se desprende del artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

Para los contratos de obra pública y de interventoría, lo anterior significa que, al aplicar dichos criterios de calificación con puntajes o formulas dentro del procedimiento contractual para seleccionar la mejor oferta, las entidades estatales deben servirse de la información contenida en el Registro y de las actualizaciones de dicha información que se reporten por parte de la Contraloría General de la República y de las entidades estatales, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 2020 de 2020. En este contexto, las entidades deberán examinar la particularidad de la anotación y determinar si esta afectará la ponderación al momento de realizar la respectiva evaluación de conformidad a lo que configurado en el pliego de condiciones.

De esta manera, como las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para determinar los criterios de calificación, corresponde a estas definir, en los pliegos de condiciones, los factores de asignación de puntaje y la forma en que se realizará la valoración de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar las ofertas, conforme a los parámetros del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. Lo anterior, teniendo en cuenta que la norma no restringió a una metodología específica el análisis y la valoración de estas anotaciones.

**DOCUMENTOS TIPO – Descuento puntaje – Consultar y analizar – Incumplimiento del contratista**

De acuerdo con el “Documento Base” de dichos procesos, con excepción de la mínima cuantía, en el numeral 4.2 “Factor de Calidad” se contempló: “Las Entidades Estatales deben consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposen en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de que trata la Ley 2020 de 2020. En el evento que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de Proponentes Plurales, cuenten con alguna anotación vigente de obra civil inconclusa, en el mencionado registro, se descontará un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad. En todo caso, no se descontará el puntaje en los términos previstos en el inciso anterior cuando el Proponente no oferte el factor de calidad, por lo que éste obtendrá cero (0) puntos en este criterio de evaluación. En esta circunstancia, la Entidad no podrá reducir el puntaje de la sumatoria obtenida en los demás factores de ponderación.”

(…)

Bajo estas consideraciones, la interpretación adecuada para lo dispuesto en el Documento Base es que para descontar el punto de la sumatoria obtenida en relación con los criterios de evaluación, la entidad deberá consultar y analizar las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Con este panorama, la pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿cómo analizar las anotaciones para descontar el punto? Consideramos adecuado, por ejemplo, que en este análisis la entidad verifique si existen anotaciones relacionadas con el incumplimiento del contratista, que permita determinar que la obra no concluyó por razones atribuibles a este, en cuyo caso se descontará el punto.

**DOCUMENTOS TIPO – Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas – Aplicación**

Por ello, atendiendo los antecedentes legislativos del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 anteriormente expuestos, se precisa que el descuento del punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad, del que trata el texto de los documentos base adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, deberá efectuarse una vez la entidad realice la consulta y el análisis de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas y determine si esa anotación se dio por un incumplimiento del contratista, por lo que, dependiendo del supuesto, la entidad descontará el punto.

(…)

Por su parte, y en lo que respecta a la posibilidad de que una Entidad Estatal rechace la oferta de un proponente por tener anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, debe indicarse que en los documentos pliego tipo no se contempló dicha causal de rechazo, no obstante, en los Procesos de Contratación en donde los documentos tipo adoptados por la Agencia no sea aplicable, las Entidades Estatales, como directoras de sus procesos de contratación son autónomas en estipular en sus Pliegos de Condiciones o documentos equivalentes, las causales de rechazo que considere pertinente, siempre que no contradigan la Ley ni los principios que rigen en materia de contratación.

Bogotá D.C.,13 de Junio de 2023

Señor

**Johann Jair Pérez García**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C ‒ 096 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | OBRAS CIVILES INCONCLUSAS – Concepto – Ley 2020 de 2020 / REGISTRO NACIONAL DE OBRAS CIVILES INCONCLUSAS – Deber de verificación – Discrecionalidad / DOCUMENTOS TIPO – Descuento puntaje – Consultar y analizar – Incumplimiento del contratista /DOCUMENTOS TIPO – Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas – Aplicación/  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230428003796 |

Estimado señor Pérez:

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 28 de abril de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

“Existen entidades que están incluyendo dentro de los pliegos de condiciones para la contratación de obras públicas, como causal de rechazo o asignación de puntaje, el no estar incluido en el boletín de obras inconclusas de la contraloría, independientemente de si se tiene alguna sanción o no. Quisiera saber si las entidades públicas pueden incluir este tipo de requisitos que no se encuentran mencionados en la normatividad vigente.” (Sic).

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

En este contexto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, dentro de los límites de sus atribuciones, analizarán los siguientes temas con el fin de resolver su consulta: i) el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, ii) el deber de verificación del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas en la evaluación de factores de calidad para la selección de contratistas de obra o interventores; y, iii) análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, tomando como ejemplo (o referencia) hermenéutica lo que ha expresado la Agencia en los documentos pliego tipo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-712 del 28 de diciembre de 2020, C-088 del 17 de marzo de 2021, C-110 del 29 de marzo de 2021, C-203 del 3 de mayo de 2021, C-333 del 9 de julio de 2021, C-551 del 30 de septiembre de 2021, C-571 del 13 de octubre de 2021, C-591 del 21 de octubre de 2021, C-600 del 26 de octubre de 2021, C-626 del 9 de noviembre de 2021 y C-747 de 4 de febrero de 2022, C-194 del 12 de abril de 2022, C-391 de 9 de agosto de 2022, C-525 de 16 de agosto de 2022, C-632 del 39 de septiembre de 2022 y C-924 del 28 de diciembre de 2022, entre otros[[2]](#footnote-3), se pronunció sobre el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, y se complementan en lo pertinente para resolver las inquietudes de la consulta.

**2.1. Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas**

La Ley 2020 de 2020 creó el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Se trata de un sistema que permite identificar el estado de ejecución o terminación de las obras financiadas total o parcialmente con recursos públicos, para concretar su destinación definitiva. Según el inciso primero del literal a) del artículo 2 de esta ley, se entiende por *obra civil inconclusa* la “Construcción, mantenimiento, instalación o realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, que un (1) año después de vencido el término de liquidación contractual, no haya concluido de manera satisfactoria para el interés general o el definido por la Entidad Estatal contratante, o no esté prestando el servicio para el cual fue contratada”.

En otras palabras, el concepto de obra civil inconclusa es armónico con la definición del contrato de obra, prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual “Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”. Por tanto, cuando el trabajo material sobre el bien inmueble no ha finalizado satisfactoriamente o no se adecua a la función para la cual fue contratada la obra, esto se puede constatar en el registro creado por el artículo 3 de la Ley 2020 de 2020.

Por su parte, el inciso segundo del literal a) del artículo 2 de dicha Ley establece la hipótesis en la que no se haya concluido satisfactoriamente la obra civil por causas no imputables al contratista. A este respecto, señala que “Cuando la obra civil no haya concluido de manera satisfactoria por causas que no sean imputables al contratista, un comité técnico, designado por el representante legal de la entidad contratante, definirá si efectivamente corresponde a una obra civil inconclusa”.

De la definición del artículo 2 de la Ley 2020 de 2020 se resalta lo siguiente. Por un lado, cuando la obra civil cumpla con los elementos establecidos en el inciso primero literal a) del artículo 2, deberá catalogarse como obra civil inconclusa. Es decir, si el trabajo material sobre el bien inmueble no ha concluido de manera satisfactoria o no está prestando el servicio para el que se contrató y ha transcurrido un año o más desde que se venció el término de liquidación contractual, se considera obra civil inconclusa. Por otra parte, cuando la obra civil cumple los presupuestos anteriores, pero no concluyó por causas no imputables al contratista, la entidad contratante será la encargada de determinar si la misma se define como obra civil inconclusa, previa valoración de un comité técnico designado por el representante legal de la entidad contratante.

Esta última precisión es importante, debido a que el propósito del literal a) del artículo 2 de la Ley 2020 de 2020 es definir el concepto de obra civil inconclusa, sin desconocer que durante la ejecución de un contrato pueden presentarse situaciones ajenas y exógenas al contratista que impiden la culminación de la obra. En esta hipótesis, lo que pretende el legislador es que sea un órgano o una autoridad determinada, la que analice las circunstancias particulares del caso y las razones técnicas por las cuales la obra civil quedó en estado incompleto[[3]](#footnote-4). De esta manera, en el evento en que se defina por parte de este comité técnico que la obra civil es catalogada como inconclusa, pero por causas no imputables al contratista, deberá incluir en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas los datos correspondientes que den cuenta de esta situación.

Sobre el espíritu de la ley, la exposición de motivos explica que el proyecto:

“[…] pretende establecer medidas para la detección y valoración de las obras públicas que no se hayan concluido de acuerdo con lo planeado por la Entidad Estatal a su cargo, para someterlas a evaluación técnica y financiera, dirigida a establecer si se concluyen o se procede a su demolición. Como fin esencial del proyecto se señala el de “salvaguardar las vidas como derecho fundamental”, que se entienden amenazadas por los efectos desfavorables de las obras inconclusas”[[4]](#footnote-5).

En esta medida, el propósito de la norma es no solo estructurar un sistema de registro, sino también identificar el estado real de la infraestructura de obra en cada entidad pública, con miras a elaborar un diagnóstico sobre la viabilidad técnica, financiera y jurídica de terminar o demoler la obra, asegurando que pueda realizar una inversión de sus recursos para la intervención de esta.

Por ello los artículos 5 y 13 *ibídem* disponen que la Entidad Estatal contratante decidirá sobre la intervención física de terminación o demolición de la obra civil inconclusa, para lo cual podrá disponer de las partidas necesarias, según la disponibilidad de recursos compatibles con el marco fiscal de mediano plazo y la regla fiscal de cada entidad. Además, podrá presentarse en el plan de desarrollo de la entidad una estrategia de atención para determinar la intervención de las obras que se encuentren en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, con énfasis en aquellas que lleven más tiempo sin intervención, siempre atendiendo a la disponibilidad de recursos[[5]](#footnote-6).

En tal sentido, esta ley busca que la Entidad Estatal determine el destino definitivo de la obra, a través del concepto jurídico, técnico y financiero que emitan las áreas de la entidad cuyas funciones y competencias se encuentran relacionadas con la obra inconclusa, observando, en todo caso, el deber de apropiar las partidas presupuestales correspondientes. De todas formas, si se opta por la demolición, esta decisión deberá adoptarse mediante acto administrativo expedido por el representante legal de la entidad a cargo de la obra, y solo podrá ordenarse en casos de ruina o grave amenaza a los derechos fundamentales o colectivos, debidamente evaluada.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 2020 de 2020[[6]](#footnote-7), el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas es un sistema administrado por la Contraloría General de la República[[7]](#footnote-8), construido a partir de la información remitida por las entidades estatales en los distintos niveles o los datos obtenidos por dicho órgano de control fiscal, sobre las obras inconclusas del país. El artículo 2, literal b) de la Ley 2020 de 2020 complementa esta noción, indicando que el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas “Es un sistema que contiene los datos sobre obras inconclusas en todo el territorio nacional. El inventario de obras civiles inconclusas reportado por las entidades estatales hará parte integral del banco de proyectos de la respectiva entidad”.

Asimismo, la información de este registro debe actualizarse permanentemente. La Contraloría General de la República y las entidades estatales deberán realizar el seguimiento y actualización del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, con el fin de establecer la realidad respecto de la condición técnica, física y financiera de aquellas. Además, las entidades estatales deberán garantizar la actualización permanente del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas en los términos y condiciones que disponga la Contraloría General de la República[[8]](#footnote-9).

De esta manera, la Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata, es la encargada de dirigir y coordinar el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas y realizar el seguimiento y actualización de este. Por ello, mediante la Resolución No. REG-ORD-0042-2020 del 25 de agosto de 2020[[9]](#footnote-10), expedida por la Contraloría General de la República, se estableció que la información concerniente al Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas se rendiría a través del SIRECI, conforme al Capítulo II “Información de Obras Inconclusas” del Título III “Rendición de Otra Información”. De acuerdo con el artículo 51 de dicha Resolución, el contenido de la información es la requerida en el Sistema de Rendición Electrónico de la Cuenta e Informe y Otra Información –SIRECI–, sobre la información que debe incorporarse en la relación de obras civiles inconclusas, de conformidad con la ley.

Respecto al contenido del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, el artículo 4 de la Ley 2020 de 2020 determina la información mínima que debe reportarse por las entidades públicas. Entre otros, deberá contener datos sobre la identificación del contratista, consultores, interventores y demás personas naturales y/o jurídicas que intervinieron en la planeación y ejecución del proyecto; las razones técnicas y/o jurídicas por las cuales la obra civil quedó inconclusa; los pagos efectuados; los procesos en curso y/o fallos que hayan declarado responsabilidades penales, fiscales, civiles y disciplinarias derivadas de la obra inconclusa; los actos administrativos que declaren el incumplimiento de los contratistas o caducidad de los contratos, así como el informe final presentado por el interventor del proyecto y la demás información que establezca la Contraloría General de la República.

Igualmente, conforme al artículo 15 *ibídem*, se incluirán en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas las obras civiles ya terminadas que no se encuentren en funcionamiento. Para tales efectos, la Contraloría General de la República establecerá los criterios y el término para su incorporación.

En este contexto, las obras civiles inconclusas que deben incluirse en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas están determinadas por la Ley 2020 de 2020, cuya administración es competencia de la Contraloría General de la República. Por tanto, la Entidad Estatal responsable tiene la obligación de reportar la información que exige el artículo 2 de dicha Ley, de acuerdo con los presupuestos allí descritos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 sobre la información mínima que debe incorporar en el Registro, así como toda aquella información que establezca la Contraloría General de la República en el marco de sus competencias.

El Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas contendrá el inventario actualizado de obras civiles inconclusas, compuesto por la información reportada por las entidades estatales sobre las obras civiles inconclusas de su jurisdicción, o la información obtenida por la Contraloría General de la República sobre el particular. Igualmente, deberá incluirse en el Registro las obras civiles ya terminadas que no se encuentren en funcionamiento de acuerdo con los criterios y el término para su incorporación que establezca la Contraloría General de la República.

Según artículo 9 de la Ley 2020 de 2020, la obligación de reportar esta información recae en los ministros, gerentes, presidentes, directores, superintendentes, gobernadores, alcaldes, y demás representantes legales de entidades estatales, en cualquiera de sus esferas nacionales o territoriales, y los demás ordenadores del gasto de quien dependa la toma de decisiones sobre la materia y su incumplimiento genera las sanciones respectivas conforme a la normativa vigente[[10]](#footnote-11). En todo caso, la información que consta en el Registro podrá tenerse en cuenta por los entes de control o por las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos fiscales, disciplinarios o sancionatorios que se adelanten en razón de la obra civil inconclusa. Igualmente, el acto administrativo que declare el incumplimiento, caducidad y/o terminación unilateral del contrato de obra, tendrá en cuenta en la parte motiva, la documentación que repose en el registro.

De esta manera, debido al carácter público de la información del registro, podrá verificarse en el sistema dispuesto por la Contraloría General de la Nación el motivo por el cual la obra civil quedó inconclusa, así como las situaciones de incumplimiento del contratista y en general el estado jurídico, técnico y financiero de la obra. Si se presenta alguna controversia respecto de la información suministrada por la Entidad Estatal, esta será la encargada de resolverla atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normativa vigente. Conforme al artículo 12, es preciso señalar que la cancelación de la anotación de la obra en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas solo operará a solicitud de la Entidad Estatal una vez haya sido demolida o finalizada exitosamente.

**2.2. Deber de verificación del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas en la evaluación de las ofertas para la selección de contratistas de obra o interventores**

El artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 establece un deber a cargo de las entidades estatales dentro de los procedimientos que adelanten para la contratación de obras públicas, consiste en la obligación de *consultar* y *analizar* la información contenida en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Además, dispone que en los procesos de selección de contratistas de obra e interventores han de considerarse las anotaciones del registro en la evaluación de las ofertas. La norma prescribe lo siguiente:

“En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

*Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores*, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.

Cualquier controversia o solicitud que surja en relación con los reportes de información que suministre la entidad contratante, serán resueltos por esta, atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normatividad vigente.” [énfasis fuera de texto]

Como se observa, el artículo citado prescribe que las entidades estatales deben revisar “[…] las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique”. Teniendo en cuenta que el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 se remite al literal a) del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, conviene recordar lo señalado en dicho enunciado normativo. Este consagra los criterios para garantizar la *selección objetiva* en los procedimientos contractuales, precisando la metodología con la cual pueden establecerse tanto los requisitos habilitantes como los criterios de evaluación. En lo pertinente, la norma dispone:

“[…] La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

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

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

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

Así las cosas, para interpretar el apartado del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 –referido a la evaluación de los factores de ponderación de calidad, previo análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas– debe resaltarse que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no los define, sino que se limita a mencionarlos de manera genérica. En efecto, el literal a) de dicho artículo está precedido por un inciso que establece: “En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas”; y, a renglón seguido, dentro de las “alternativas”, el legislador incorpora la siguiente: “a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones”.

Como puede apreciarse, el Congreso de la República optó por conceder a las entidades estatales un margen de discrecionalidad administrativa para determinar en los procedimientos de selección que realicen cuáles serán los elementos de calidad y precio que tendrán en cuenta en la calificación o ponderación. De igual forma, el legislador no estableció una fórmula o metodología específica para realizar esta ponderación, sino que también lo dejó librado a la apreciación de las entidades públicas interesadas en contratar.

Esta Subdirección se pronunció sobre el reconocimiento de la discrecionalidad administrativa como modelo de asignación de potestades en la contratación estatal. Por ejemplo, en el Concepto C-120 del 3 de marzo de 2020 señaló que si bien la discrecionalidad implica un margen de libertad para las entidades estales, en todo caso, al hacer uso de ella, deben observar el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según el cual la decisión debe ser adecuada y proporcional al trámite y a los hechos que lo motivaron[[11]](#footnote-12). Este también ha sido el entendimiento de la doctrina, que ha considerado que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa debe respetar el principio de proporcionalidad[[12]](#footnote-13).

Esta discrecionalidad también se encuentra presente al momento de elaborar el pliego de condiciones y específicamente, al definir los criterios de calificación con puntos. Entre estos criterios se encuentran los elementos de calidad y precio indicados en el artículo 5, numeral 2, literal a), de la Ley 1150 de 2007. Por ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera:

“Bajo esta premisa debe entenderse el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición que otorga discrecionalidad a las diversas entidades estatales para que establezcan en los pliegos de condiciones los diferentes factores de escogencia y calificación. Por ende, es cierto, como se desprende del libelo de la demanda, que el legislador otorgó a la Administración una libertad de elección de los distintos criterios de ponderación para asegurar que se contratará con la mejor oferta, esto es, aquella que se ajuste mejor a las finalidades de interés general.”[[13]](#footnote-14)

Por lo tanto, como se indicó, el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 establece que “Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique”. De lo prescrito en la disposición precitada, se deriva que el deber de consultar y analizar solamente aplica a las tipologías contractuales de obra pública y de interventoría, y no a los demás contratos de consultoría. Esto por cuanto, si bien el contrato de interventoría es de consultoría, no todo contrato de consultoría tiene por objeto una interventoría. Así se desprende del artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-15).

Para los contratos de obra pública y de interventoría, lo anterior significa que, al aplicar dichos criterios de calificación con puntajes o formulas dentro del procedimiento contractual para seleccionar la mejor oferta, las entidades estatales deben servirse de la información contenida en el Registro y de las actualizaciones de dicha información que se reporten por parte de la Contraloría General de la República y de las entidades estatales, conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 2020 de 2020. En este contexto, las entidades deberán examinar la particularidad de la anotación y determinar si esta afectará la ponderación al momento de realizar la respectiva evaluación de conformidad a lo que configurado en el pliego de condiciones.

De esta manera, como las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para determinar los criterios de calificación, corresponde a estas definir, en los pliegos de condiciones, los factores de asignación de puntaje y la forma en que se realizará la valoración de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar las ofertas, conforme a los parámetros del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. Lo anterior, teniendo en cuenta que la norma no restringió a una metodología específica el análisis y la valoración de estas anotaciones.

Sin embargo, la Agencia recomienda a las entidades estatales tener en cuenta que la sola inclusión en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no puede entenderse como suficiente para afectar la ponderación del factor de calidad del proponente, puesto que la norma establece el deber de la entidad de realizar la consulta y el análisis de la anotación. Además, como se expuso, el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas es un sistema que contiene los datos sobre obras inconclusas en todo el territorio nacional, compuesto por la información reportada por las entidades estatales o la información obtenida por la Contraloría General de la República. Esto significa que el Registro contiene toda la información necesaria que permita verificar el estado real de dicha obra, entre ellos, datos sobre la identificación del contratista, consultores, interventores y demás personas naturales y/o jurídicas que intervinieron en la planeación y ejecución del proyecto, entre otros. En este sentido, no puede entenderse que la sola inclusión de dicha información tenga incidencia *automática* al momento de evaluar los factores de ponderación. Por ello, el artículo 6 dispuso expresamente que las entidades estatales contratantes “deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas”.

Así las cosas, no por el hecho de que el contratista de obra o interventor se encuentre incluido en dicho Registro se genera automáticamente una consecuencia en la ponderación de los criterios de evaluación, pues la entidad tiene el deber de consultar y analizar las anotaciones vigentes. En todo caso, si se presenta alguna discrepancia en relación con la información reportada en el Registro por la entidad contratante, el artículo 6 dispuso que tal controversia o solicitud será resuelta por la entidad contratante que suministró dicha información. En consecuencia, el contratista deberá manifestar su inconformidad directamente ante la entidad contratante que realizó la anotación, la cual deberá atenderla teniendo en cuenta los principios y disposiciones establecidas en la normatividad vigente.

**2.3. Análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas – Caso de ejemplo en los documentos tipo**

Debidoa que la consulta se refiere al descuento del punto en el factor de calidad por el reporte en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas o la inclusión de causal de rechazo en el pliego de condiciones por este aspecto, es preciso señalar la forma en la que esta Agencia determinó en los documentos tipo el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020, cuya aplicación únicamente se realizará respecto de los Procesos de Contratación donde estos documentos tipo sean aplicables, puesto que para los proceso de selección de contratación de obra y de interventoría que no resulten obligatorios la aplicación de los documentos tipo, cada Entidad Estatal tiene la discrecionalidad de determinar, en los pliegos de condiciones, la forma en que se realizará el análisis de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de ponderar los criterios de evaluación en virtud de lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020.

Así, de conformidad con las competencias asignadas[[15]](#footnote-16), la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha expedido las Resoluciones respectivas, mediante las cuales implementa y desarrolla, entre otros, los Documentos Tipo aplicables a los procesos de obra pública de infraestructura de transporte, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía, mínima cuantía e interventoría, así como los Documentos Tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, interventoría de obra pública de agua potable y saneamiento básico y los de obra pública de infraestructura social[[16]](#footnote-17). De acuerdo con el “Documento Base” de dichos procesos[[17]](#footnote-18), con excepción de la mínima cuantía, en el numeral 4.2 “Factor de Calidad” se contempló:

“Las Entidades Estatales *deben consultar y analizar las anotaciones* vigentes que reposen en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de que trata la Ley 2020 de 2020. En el evento que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de Proponentes Plurales, cuenten con alguna anotación vigente de obra civil inconclusa, en el mencionado registro, se descontará un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad.

En todo caso, no se descontará el puntaje en los términos previstos en el inciso anterior cuando el Proponente no oferte el factor de calidad, por lo que éste obtendrá cero (0) puntos en este criterio de evaluación. En esta circunstancia, la Entidad no podrá reducir el puntaje de la sumatoria obtenida en los demás factores de ponderación[[18]](#footnote-19). [Énfasis fuera de texto]

Para comprender íntegramente la forma de aplicación del numeral citado, se revisarán dos temas que a nuestro juicio son esenciales: i) el alcance de los vocablos “consultar y analizar” y ii) las anotaciones en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Como punto de partida, es preciso señalar que el inicio del párrafo del documento base, prescribe el deber de las entidades estatales de consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposan en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, lo cual guarda coherencia con el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. En efecto, este primer aparte del párrafo de los “Documentos Base” es esencialmente una transcripción del inciso primero del artículo 6, el cual dispone que *“En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán**consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas*”. Nótese que los términos de “consultar y analizar”, son empleados tanto en los Documento Base como en la disposición señalada.

Según su significado literal, consultar es “buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia”[[19]](#footnote-20) y analizar se refiere al “examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual”[[20]](#footnote-21). El propósito de estas expresiones, entonces, es el de realizar un examen minucioso de un asunto, para conocer sus características, factores, naturaleza y demás condiciones necesarias para entender el sentido del objeto de estudio.

Estos vocablos revisten especial importancia, pues con base en ese análisis la Entidad Estatal descontará un punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor calidad. En otras palabras, en el evento en que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de proponentes plurales, cuenten con una anotación en dicho registro, le corresponde a la entidad examinar la particularidad de la anotación y determinar si la misma es suficiente para descontar el punto de la sumatoria total en relación con el factor de calidad. Ello encuentra sustento, a su vez, en el desarrollo del trámite legislativo que se surtió en el Congreso de la República, en el cual se incorporó en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 los vocablos “consultar y analizar”, en el entendido que “no toda inclusión en el registro es imputable al contratista”[[21]](#footnote-22).

De esta manera, la connotación de las palabras “consultar y analizar” constituyen el marco respecto del cual se circunscribe el deber de la entidad de tener en cuenta las anotaciones en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, para efectos de la evaluación de los factores de ponderación de calidad. En otras palabras, las expresiones “consultar y analizar”, determinan el alcance de la interpretación tanto del contenido del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020, como en el texto establecido en los Documentos Base, sobre el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. En consecuencia, el primer aparte del párrafo del documento base determina el alcance del texto, mientras que el segundo fragmento dispone la consecuencia jurídica, por lo que este último no puede desligarse del otro y su interpretación debe realizarse en contexto.

Bajo estas consideraciones, la interpretación adecuada para lo dispuesto en el Documento Base es que para descontar el punto de la sumatoria obtenida en relación con los criterios de evaluación, la entidad deberá consultar y analizar las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Con este panorama, la pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿cómo analizar las anotaciones para descontar el punto? Consideramos adecuado, por ejemplo, que en este análisis la entidad verifique si existen anotaciones relacionadas con el incumplimiento del contratista, que permita determinar que la obra no concluyó por razones atribuibles a este, en cuyo caso se descontará el punto.

Para clarificar el argumento anterior, es pertinente considerar los cambios que tuvo el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 durante el trámite legislativo en el Congreso de la República, desde la radicación del proyecto hasta su versión final. Esto con el objetivo de evidenciar que el alcance del análisis de las anotaciones en el registro también incluye la verificación de los incumplimientos del contratista respecto de las obras civiles inconclusas.

En la presentación inicial del proyecto de Ley No. 025 de 2018, “por medio de la cual se crea el registro nacional de obras civiles inconclusas de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones”, la redacción del artículo 6 distaba mucho de la versión final de la Ley 2020 de 2020. El texto original no involucraba asuntos relacionados con la contratación pública. La disposición establecía lo siguiente:

Artículo 6°. Actuaciones. En todas las entidades estatales, a instancia de la Secretaría, Departamento u Oficina de Planeación, según el caso, funcionará el Registro Departamental, Municipal, Distrital o institucional de Obras Civiles Inconclusas, que progresivamente se incorporarán al Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Parágrafo 1°. La administración del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas estará a cargo del Departamento Nacional de Planeación, el cual consolidará la información suministrada por las Entidades Estatales y deberá emitir informe cada seis (6) meses sobre las medidas desarrolladas durante dicho periodo y el seguimiento que se ha realizado. En el informe se deberá relacionar con claridad el nombre de los contratistas y sociedades que presenten un mayor número de obras inconclusas.

Parágrafo 2°. Las entidades estatales deberán enviar copia al Registro Departamental, Municipal, Distrital o institucional de Obras Civiles Inconclusas a la Contraloría General de Nación o Contralorías Territoriales según el caso.[[22]](#footnote-23)

Como se observa, el enfoque de esta redacción se caracterizó por determinar un Registro a nivel territorial de obras civiles inconclusas que se incorporaran en al Registro Nacional de Obras Inconclusas. Además, establecía al Departamento Nacional de Planeación, como la entidad encargada de consolidar la información suministrada por las entidades estatales.

Posteriormente, la modificación del artículo supuso la inclusión de una obligación a cargo de las entidades estatales en su parágrafo segundo. Según esta versión, “Las entidades de las que trata la presente ley, tendrán la obligación de consultar el registro de obras inconclusas antes de contratar obras públicas, con el fin de observar si los contratistas licitantes tienen antecedentes de incumplimiento”[[23]](#footnote-24). Esta glosa comprende dos términos claves, “consultar” e “incumplimiento”. Así, antes de contratar obras públicas, las entidades debían consultar los incumplimientos de los contratistas en el registro, pero no se estableció ninguna consecuencia jurídica. En el trámite legislativo, el parágrafo segundo del artículo 6 cambió radicalmente. Este aparte dispuso[[24]](#footnote-25):

Parágrafo 2°. En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales, sin importar la cuantía, los contratistas e interventores deberán allegar la certificación virtual sobre las anotaciones que presenten en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

La entidad contratante tendrá en cuenta el*cumplimiento* de los contratistas licitantes, reflejado en el certificado allegado por los mismos y *evaluarán* sus antecedentes de acuerdo a la puntación que para ellos determine la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente esta última pondrá a disposición el recurso tecnológico para descargar el certificado del que habla el presente artículo y establecerá la vigencia del mismo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un término de (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, reglamentará la tarifa a cobrar por el certificado. (Énfasis fuera de texto)

De la cita se desprenden tres (3) aspectos que merecen atención. Primero, establece un certificado virtual sobre anotaciones que los contratistas presenten en el registro; segundo, de dicho certificado deberá tenerse en cuenta el cumplimiento de los contratistas; y, por último, se evaluarán los antecedentes del contratista, de acuerdo con la puntuación que se determine. Según se evidencia, nuevamente el cumplimiento del contratista resulta relevante, pues se tendrá en cuenta para la puntuación en la evaluación de la oferta.

Así, el artículo 6 continúo teniendo modificaciones en el trámite legislativo, en particular, el parágrafo segundo. De esta manera, el texto siguiente eliminó la certificación virtual y, en cambio, determinó que las entidades contratantes en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, “deberán tener en cuenta y evaluar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, reseñadas en el Registro Único de Proponentes (RUP)”. De igual manera, señaló que “Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se descontará hasta tres (3) por ciento de los puntos por cada anotación en los factores de ponderación de calidad, establecido en el literal a) del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique”[[25]](#footnote-26).

Como se evidencia, la versión en este punto se centró en las anotaciones que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. La consecuencia jurídica era aparentemente clara, por cada anotación se descontaría 3% de los puntos en los factores de ponderación de calidad. No obstante, lo expuesto no se consideró suficiente, por lo que en momentos posteriores del trámite legislativo el artículo fue modificado completamente. De esta manera, se eliminaron los parágrafos y el artículo quedó compuesto por dos párrafos, de la siguiente manera:

Artículo 6°. Actuaciones. En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se descontará hasta tres (3) por ciento de los puntos por cada anotación en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, por causas imputables a ellos, en los factores de ponderación de calidad, establecido en el literal a) del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique[[26]](#footnote-27).

En esta versión se incluyeron los vocablos “consultar y analizar” para efectos de las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Se resalta la consecuencia que le atribuye el artículo a las anotaciones en el Registro. De esta manera, el descuento de hasta 3% de los puntos en los factores de ponderación se realiza si la anotación es por causas imputables a ellos.

Vale la pena destacar los comentarios que se realizaron en esta ponencia, en relación con la modificación efectuada. Según se indicó “Se revisa la viabilidad jurídica de incluir la anotación en el registro como factor a evaluar de conformidad con las previsiones del estatuto contractual y teniendo en cuenta que no toda inclusión en el registro es imputable al contratista y se puede incurrir en vicio de constitucionalidad”.

De lo expuesto puede concluirse lo siguiente: i) para el legislador es claro que no toda anotación en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusa corresponde a una causa atribuible al contratista; ii) en los procesos de contratación de obras públicas, concretamente, para la selección de contratistas de obra o interventores, que adelanten las entidades estatales contratantes, las anotaciones en el registro deberán consultarse y analizarse; y iii) cuando en la anotación se evidencie una causa atribuible al contratista se descontará un porcentaje de los puntos en los factores de ponderación de calidad. Este aspecto guarda coherencia con las diferentes redacciones del artículo 6 en el trámite legislativo, de donde se desprende un especial énfasis en el incumplimiento del contratista. En estos términos, el Registro Nacional de Obras Inconclusas no aplica para los contratos de consultoría, de acuerdo a lo que se deriva de la interpretación literal del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. Por tanto, la obligación aplica a los contratos de obra y de interventoría. Lo anterior, es congruente con el Capítulo IV “Criterios de evaluación, asignación de puntaje y criterios de desempate” del documento base del Documento Tipo adoptado mediante la Resolución 193 del 2021, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte”, pues en dicho capítulo no se desarrolla el deber de “consultar y analizar” el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de acuerdo a la explicación precedente.

Finalmente, la versión actual del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 conserva el párrafo primero de manera idéntica a la redacción anterior, al tiempo que modificó el párrafo segundo, dejando abierta el método o la forma en la cual se tendrá en cuenta las anotaciones en el registro al momento de evaluar. Además, adicionó un párrafo relacionado con las controversias que surjan respecto de los reportes de la información que suministre la entidad contratante.

Por ello, atendiendo los antecedentes legislativos del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 anteriormente expuestos, se precisa que el descuento del punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad, del que trata el texto de los documentos base adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, deberá efectuarse una vez la entidad realice la consulta y el análisis de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas y determine si esa anotación se dio por un incumplimiento del contratista, por lo que, dependiendo del supuesto, la entidad descontará el punto.

Debe precisarse que las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas corresponden a las que reposan en este, teniendo en cuenta las actualizaciones que realice la Contraloría General de la República y las entidades estatales, conforme al artículo 3 de la Ley 2020 de 2020. En tal sentido, para efectos del descuento del puntaje establecido en el documento base, la Entidad Estatal –al momento de evaluar– deberá consultar y analizar las anotaciones en el registro con sus respectivas actualizaciones, sin perjuicio de que en procesos que no se rijan por documentos tipo exista una regulación distinta respecto a la consecuencia de encontrarse reportado en el registro.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente aclarar que el simple hecho de encontrarse incluido en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no da lugar a descontar el punto señalado y en todo caso, no se descontará el puntaje cuando el proponente no oferte el factor de calidad. En esta última circunstancia, la Entidad no podrá reducir el puntaje de la sumatoria obtenida en los demás factores de ponderación.

Así las cosas, a juicio de esta Agencia, la sola inclusión en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no puede entenderse suficiente para descontar el puntaje en los factores de asignación de puntos establecidos en el pliego de condiciones. De todas formas, si en el informe de evaluación que realiza la entidad se produce la reducción del puntaje bajo el único argumento de encontrarse en dicho Registro, sin efectuar un análisis previo de las anotaciones, el proponente, con fundamento en la interpretación de las normas analizadas, podrá formular la observación respectiva. De otro lado, en caso de que se presente alguna inconformidad en relación con la información reportada en el Registro por la entidad contratante que realizó la anotación, el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 dispuso que tal controversia o solicitud será resuelta por la entidad contratante que suministró dicha información.

Por su parte, y en lo que respecta a la posibilidad de que una Entidad Estatal rechace la oferta de un proponente por tener anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, debe indicarse que en los documentos pliego tipo no se contempló dicha causal de rechazo, no obstante, en los Procesos de Contratación en donde los documentos tipo adoptados por la Agencia no sea aplicable, las Entidades Estatales, como directoras de sus procesos de contratación son autónomas en estipular en sus Pliegos de Condiciones o documentos equivalentes, las causales de rechazo que considere pertinente, siempre que no contradigan la Ley ni los principios que rigen en materia de contratación. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2011 señala:

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

Se concluye que, si bien la administración cuenta con un espacio significativo de discrecionalidad al momento de elaborar los pliegos de condiciones, la misma se encuentra delimitada por los fines y principios de la contratación estatal. En este entendimiento, la administración no puede establecer en los pliegos de condiciones causales de rechazo que no tengan un fundamento legal o constitucional, y que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el objeto a contratar, por lo que en cada caso, la entidad estatal deberá verificar los términos en los que se consagra dicha causal de rechazo para que la misma no contravenga la ley o la constitución.

1. **Respuesta**

“Existen entidades que están incluyendo dentro de los pliegos de condiciones para la contratación de obras públicas, como causal de rechazo o asignación de puntaje, el no estar incluido en el boletín de obras inconclusas de la contraloría, independientemente de si se tiene alguna sanción o no. Quisiera saber si las entidades públicas pueden incluir este tipo de requisitos que no se encuentran mencionados en la normatividad vigente.” (Sic).

El artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 dispuso que en los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, las entidades estatales deberían consultar y analizar las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad de los proponentes, establecidos en el literal a) del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, esto es, cuando se haya previsto en el proceso de selección la asignación de puntajes o formulas para determinar la mejor oferta, en relación a la calidad y precio.

 En ese contexto, y cuando en el Proceso de Contratación le sea aplicable por el objeto y modalidad de selección un documento tipo adoptado por esta Agencia, se ha establecido que, en virtud de dicha norma, las Entidades Estatales deben consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposen en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, y en el evento que el proponente o integrantes de Proponentes Plurales, cuenten con alguna anotación vigente de obra civil inconclusa, en el mencionado registro, se descontará un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad. Sin embargo, si el proponente no ofertó en el factor de calidad, se determinó que la Entidad no podrá reducir el puntaje de la sumatoria obtenida en los demás factores de ponderación.

Para esta Agencia, la sola inclusión en dicho registro no es suficiente para el descuento de dicho puntaje, pues para ello requiere que la Agencia realice la consulta y el análisis respectivo de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas y determine si esa anotación se dio por un incumplimiento del contratista, por lo que, dependiendo del supuesto, la entidad descontará el punto o no.

Igualmente, se aclara que dichos lineamientos se han emitido en el marco de los Procesos de Contratación que se lleven a cabo utilizando documentos tipo, puesto que para los proceso de selección de contratación de obra y de interventoría que no resulten obligatorios su aplicación, cada Entidad Estatal tiene la discrecionalidad de determinar, en los pliegos de condiciones, la forma en que se realizará el análisis de las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de ponderar los criterios de evaluación en virtud de lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020, sin embargo, se reitera que a criterio de esta Agencia no basta con el sólo registro, sino con el análisis de dicha anotación, para determinar consecuencias adversas para los proponentes por dicho motivo, en el marco de los proceso de contratación para seleccionar la oferta más favorable

Por su parte, y en lo que respecta a la posibilidad de que una Entidad Estatal rechace la oferta de un proponente por tener anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, debe indicarse que en los documentos pliego tipo no se contempló dicha causal de rechazo, no obstante, en los Procesos de Contratación en donde los documentos tipo adoptados por la Agencia no sea aplicable, las Entidades Estatales, como directoras de sus procesos de contratación son autónomas en estipular en sus Pliegos de Condiciones o documentos equivalentes, las causales de rechazo que considere pertinente, siempre que no contradigan la Ley ni los principios que rigen en materia de contratación

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre el particular, se puede consultar la Gaceta 158 del cuarto debate en el Senado. Disponible en: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml;jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca> [↑](#footnote-ref-4)
4. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 025 de 2018 Cámara. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta\_563.pdf [↑](#footnote-ref-5)
5. “Artículo 11. Planeación. La secretaría, departamento u oficina de planeación o quien haga sus veces podrá presentar en el plan nacional, departamental, distrital o municipal de desarrollo, según sea el caso, una estrategia o medida de atención para determinar la intervención física de terminación o demolición de aquellas obras que figuren en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas durante la vigencia del plan, dando énfasis a las obras que más tiempo llevan en el informe sin ser intervenidas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos con que cuente en cada vigencia”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Dicho artículo establece: “Créese el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, bajo la dirección y coordinación de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata de la Contraloría General de la República, el cual contendrá el inventario actualizado de obras civiles inconclusas y estará compuesto por la información reportada por las entidades estatales del orden nacional, departamental, municipal, distrital y demás órdenes institucionales, sobre las obras civiles inconclusas de su jurisdicción, o la información obtenida por la Contraloría General de la República sobre el particular.

“La Contraloría General de la República y las entidades estatales deberán realizar el seguimiento y actualización del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas con el fin de establecer la realidad respecto de la condición técnica, física y financiera de aquellas. […]”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de la administración del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, puede consultarse la circular con radicado No. 2020EE0096013 del 28 de agosto de 2020, en el siguiente enlace: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1776254/CIRCULAR_2020EE0096013_REGISTRO_NACIONAL_OBRAS_INCONCLUSAS.PDF/785952d4-4b41-48cb-916b-4881c3b4a095> [↑](#footnote-ref-8)
8. Al respecto, el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 2020 de 2020 establece lo siguiente: “PARÁGRAFO 3°. Las entidades estatales deberán garantizar la actualización permanente del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, en los términos y condiciones que al respecto establezca la Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata.

“Así mismo, las entidades estatales deben garantizar el acceso y suministro de la información en tiempo real, sobre la ejecución de los proyectos o contratos de obras civiles. Para tales efectos, podrán exigir las condiciones necesarias a sus futuros contratistas”. [↑](#footnote-ref-9)
9. Puede ser consultada en: <https://www.contraloria.gov.co/web/relatoria/normatividad-y-relatoria> [↑](#footnote-ref-10)
10. “Artículo 9. Responsables. Los responsables de hacer el inventario de obras inconclusas, serán los ministros, gerentes, presidentes, directores, superintendentes, gobernadores, alcaldes, y demás representantes legales de entidades estatales, en cualquiera de sus esferas nacionales o territoriales, y los demás ordenadores del gasto de quien dependa la toma de decisiones sobre la materia”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1437 de 2011: “Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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”. [↑](#footnote-ref-12)
12. Principio que se compone a su vez de “tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas que ha de adoptar la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad correspondiente a la Administración; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable, dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz para satisfacer el fin de interés público al cual apunta, pero menos limitativa del otro u otros principios, derechos o intereses en tensión; y en tercer lugar, *el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien jurídico que la medida prohíja” (MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 34). [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054). [↑](#footnote-ref-14)
14. Esta norma establece: “Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”. [↑](#footnote-ref-15)
15. “ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

“Artículo 4o. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

“PARÁGRAFO 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente”. [↑](#footnote-ref-16)
16. Para el efecto, se puede consultar el siguiente enlace en el cual se encuentran todos los documentos tipo actualmente implementados por Colombia Compra Eficiente <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>

Los documentos tipo de obra pública de infraestructura social y de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo adoptados mediante Resoluciones 219 y 220 de 2021, respectivamente, entran en vigencia a partir del 2 de noviembre de 2021 conforme lo dispone la Resolución 336 del 2021. Por su parte, los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte, entran en vigencia de forma gradual y progresiva partir del 1 de febrero de 2022 conforme lo dispone la Resolución 454 del 2021. Así mismo, los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud entran en vigencia de forma gradual y progresiva partir del 3 de enero de 2022 conforme lo dispone la Resolución 392 del 2021. [↑](#footnote-ref-17)
17. En los documentos tipo para selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte se encuentra incluido en el inciso segundo del capítulo IV. Criterios de Evaluación, Asignación de Puntaje y Criterios de Desempate. [↑](#footnote-ref-18)
18. Esta regulación se contempló en el Capítulo IV del Documento Base de los Documentos tipo de interventoría de obra pública de transporte –versión 2- y los de agua potable y saneamiento básico. [↑](#footnote-ref-19)
19. Definición Rae. Disponible en <https://dle.rae.es/consultar> [↑](#footnote-ref-20)
20. Ibídem. Disponible en: <https://www.rae.es/drae2001/an%C3%A1lisis> [↑](#footnote-ref-21)
21. Gaceta del Congreso de la República No.1187/19. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_1187.pdf> [↑](#footnote-ref-22)
22. Gaceta del Congreso de la República No. 563/18. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_563.pdf> [↑](#footnote-ref-23)
23. Gaceta del Congreso de la República No. 1154/18 Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_1154.pdf> [↑](#footnote-ref-24)
24. Gaceta del Congreso de la República No. 423/19. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_423.pdf> [↑](#footnote-ref-25)
25. Gaceta del Congreso de la República No. 963/19 Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_963.pdf> [↑](#footnote-ref-26)
26. Gaceta del Congreso de la República No. 1187/19 Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_1187.pdf> [↑](#footnote-ref-27)