**CCE-DES-FM-17**

**SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción y factores de escogencia**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». […] los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en los numerales 1 a 4 del mencionado artículo 5, así como los 5 parágrafos de dicha norma.

Específicamente, el numeral 1º de la disposición referida establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización.

**REQUISITOS HABILITANTES DE LA LEY 1150 DE 2007 ― Carácter enunciativo**

[…] en este punto vale la pena preguntarse si los cuatro requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, cuyo alcance fue explicado previamente, son taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirle una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas razonables. Por un lado, que sí lo son, habida cuenta que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo» al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura íntegra de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

**CERTIFICACIONES DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE CALIDAD – No se pueden exigir como requisito habilitante o puntuable**

[…] en el caso de los requisitos habilitantes, el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 establece que las «certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos». Es del caso precisar que esta prohibición comprende los requisitos habilitantes y, además, los requisitos puntuables, pues la norma prohíbe expresamente que dichas certificaciones sean objeto de calificación. […]

Ese es el criterio actual en el Consejo de Estado. En efecto, en concepto del 20 de mayo del 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación aclaró que «[…] Los certificados de gestión de calidad no se pueden solicitar a los proponentes, ni como requisito habilitante para participar en los procesos de selección, ni para otorgar puntaje».

**SEGURIDAD SOCIAL – Verificación – Pago – Persona natural – Persona jurídica**

La verificación de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral cambia, dependiendo de si se trata de una persona natural o de una jurídica: i) si es una natural, la entidad estatal verificará el pago al Sistema de Seguridad Social Integral cuando se realicen los pagos del contrato, es decir, durante su ejecución y ii) si se refiere a una persona jurídica, el comprobante de pago de los aportes al sistema de seguridad social de sus empleados se debe aportar con la presentación de la oferta, y este constituye un criterio de admisión de la misma; sin perjuicio de que durante la ejecución del contrato también se acredite el pago al sistema de seguridad social para pagar las cuentas o facturas. En los casos en los que opere, también constituye un requisito para la liquidación.

Bogotá D.C., **16/09/2020 Hora 20:4:52s**

**N° Radicado: 2202013000008894**

Señora

**Isis Andrea Muñoz Espinosa**

**Concepto C‒ 614de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción y factores de escogencia / REQUISITOS HABILITANTES DE LA LEY 1150 DE 2007 ― Carácter enunciativo / CERTIFICACIONES DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE CALIDAD – No se pueden exigir como requisito habilitante o puntuable / SEGURIDAD SOCIAL – Verificación – Pago – Persona natural – Persona jurídica |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 42020130000007863 |

Estimado señor Muñoz Espinosa:

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 8 de septiembre del año 2020.

1. **Problema planteado**

Usted pregunta: i) «¿La acreditación de una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedida por este Ministerio a solicitud de un posible proponente se considera un requisito habilitante o en un criterio de desempate en la contratación pública?»; y ii) «¿La acreditación de una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedida por este Ministerio a solicitud de un contratista se considera un requisito necesario para cancelar una factura por los servicios prestados de un contrato, el pago de la última cuenta asociada al contrato y en la liquidación contractual?». Agrega que, si las respuestas a lo interrogantes anteriores son afirmativas, le informemos cuál es «[…] todo el soporte normativo que nos permita aclarar las funciones y responsabilidades de esta cartera ministerial, respecto de dicha circunstancia […]».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 8 de julio, 13 y 29 de agosto, 25 de septiembre, 15 de noviembre y 16 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000004727, 2201913000005855, 2201913000006343, 2201913000007131, 2201913000008520 y 2201913000009295–, analizó el alcance del artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007. Igualmente, mediante los conceptos C-166 del 13 de abril de 2020 y C-587 del 31 de agosto de 2020, se pronunció sobre la facultad de las entidades de exigir requisitos habilitantes. Las tesis propuestas se exponen a continuación.

**2.1. Selección objetiva y requisitos habilitantes**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en los numerales 1 a 4 del mencionado artículo 5, así como los 5 parágrafos de dicha norma.

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

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

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

A continuación, se explicará el alcance de los requisitos habilitantes previamente referidos.

La *capacidad jurídica* es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[1]](#footnote-1). Para efectos de la contratación estatal, es la facultad que tiene una persona natural o jurídica o una forma asociativa sin personería jurídica para celebrar contratos con una entidad pública. En ese ámbito, la capacidad jurídica tiene doble proyección: de un lado, en la facultad que alguien tiene para obligarse a cumplir el objeto del contrato estatal y, por el otro, en la prohibición de que esa persona esté incursa en inhabilidades[[2]](#footnote-2) o incompatibilidades, que le impidan la celebración del contrato.

Para efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces, según lo que establece el artículo 6 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3). Por un lado, las personas naturales tienen capacidad jurídica cuando alcanzan la mayoría de edad, claro está, siempre que su capacidad no haya sido limitada –ej. interdicción judicial–, y siempre que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar. Por otro lado, la capacidad de las personas jurídicas se traduce en la posibilidad que tienen estas para adelantar actividades en el marco de su objeto social, en las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y en la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, bien sea de los socios individualmente considerados o de la empresa como tal.

 La *experiencia* como requisito habilitante, según las consideraciones expuestas en el concepto C-002 del 12 de febrero de 2020 –radicado No. 2202013000000921–, tiene como propósito que las entidades fijen unos requisitos mínimos que deben acreditar los proponentes, para que estas puedan verificar su aptitud para participar en el proceso de selección y, eventualmente, ejecutar el contrato estatal[[4]](#footnote-4). La entidad, como responsable de la estructuración del proceso de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus diferentes componentes, tales como la identificación de riesgos, el mercado y el precio del bien, obra o servicio a contratar[[5]](#footnote-5).

La experiencia que se deriva de la ejecución de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos últimos, se verifica con el Registro Único de Proponentes «RUP»[[6]](#footnote-6), claro está, cuando este certificado sea exigible. Allí constan únicamente los requisitos habilitantes que se evalúan con este documento, de los cuales el mismo es plena prueba, sin que le sea posible a la entidad o al proponente solicitar o aportar otra documentación distinta para acreditar la información que contiene el certificado[[7]](#footnote-7).

La experiencia debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes los expiden dando cuenta del contrato ejecutado y de que recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente. Estos documentos deben codificarse de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel[[8]](#footnote-8). De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea totalmente idéntico.

Es pertinente aclarar que los códigos del clasificador de bienes y servicios ayudan a que exista un lenguaje común en la denominación de los bienes, obras o servicios que los proveedores ofrecen y que las entidades solicitan, sin que la entidad los evalúe, ya que lo que es objeto de evaluación es la experiencia clasificada según estos parámetros.

 La *capacidad financiera* se determina a través de la liquidez y el endeudamiento de los proponentes. Busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de estos últimos, particularmente demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. En ese sentido, la capacidad financiera que la entidad requiera para un proceso de contratación, debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. Además, los requisitos de capacidad financiera deben ser establecidos con fundamento en los Estudios del Sector, los cuales pueden ser elaborados según la «Guía para la Elaboración de Estudios de Sector», de esta Agencia.

En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago, la entidad debe hacer uso de los indicadores que considere adecuados respecto del objeto del proceso de contratación, para lo cual no es suficiente la aplicación mecánica de fórmulas financieras, pues deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación. Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de la capacidad financiera los siguientes: i) el *Índice de Liquidez*, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el *Índice de Endeudamiento*, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la *Razón de Cobertura de Intereses*, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente de cumplir con sus obligaciones financieras. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente recomienda valorar otro tipo de indicadores como el *capital de trabajo*, la *razón de efectivo*, la denominada *prueba ácida*[[9]](#footnote-9), la *concentración de endeudamiento a corto* y *a largo plazo* y el *patrimonio*.

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

Ahora bien, en este punto vale la pena preguntarse si los cuatro requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, cuyo alcance fue explicado previamente, son taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirle una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas razonables. Por un lado, que sí lo son, habida cuenta que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo» al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura íntegra de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Hay otros argumentos que sustentan tal elección interpretativa. Tal y como lo han considerado la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10) y el Consejo de Estado[[11]](#footnote-11), en virtud del «principio del efecto útil», el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que solo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que «las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos»? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma *sub examine*, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate parlamentario en donde se incluyó el parágrafo comentando anteriormente[[12]](#footnote-12), lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, de su reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007.

Por otro lado, en el referido «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» se determinaron los parámetros para *establecer*, *acreditar* y *subsanar* los requisitos habilitantes estudiados en los párrafos precedentes. Allí también se precisó que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir «la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia». Su propósito es, según el Manual, «establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación».

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

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

De todos modos, como se dijo antes, para la configuración de los requisitos habilitantes, la entidad no está limitada a los cuatro que enuncia el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, pues, se insiste, estos son solo enunciativos y no taxativos.

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

Lo dicho, claro está, sin perjuicio de las prohibiciones legales. Por ejemplo, en relación con el principio de economía, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que «[…] Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales». Es del caso precisar que esta prohibición legal comprende lo relacionado con requisitos habilitantes y, además, los requisitos puntuables, pues la norma no distingue entre uno y otro, sino que contiene una prohibición genérica.

**2.2. Verificación por parte de las entidades estatales del pago al Sistema de Seguridad Social Integral.**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral en el marco de la contratación estatal. En tal sentido, algunas de las ideas planteadas en los conceptos emitidos en respuesta a las consultas con radicado No. C-006 del 04 de febrero de 2020, C–118 de 03 de marzo de 2020 y C-319 del 12 de junio de 2020, se reiteran a continuación.

La Ley 80 de 1993, en el texto original del artículo 41, estableció que los requisitos para perfeccionar el contrato eran: i) llegar a un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ii) que conste por escrito. Por su parte, para iniciar la ejecución se requería: i) la constitución y aprobación de la garantía y ii) la existencia del registro presupuestal.

Posteriormente, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 estableció, como obligación de quien quiere celebrar, renovar o liquidar contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, cumplir con las obligaciones frente a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje cuando a ello haya lugar. Asimismo, se facultó a la entidad estatal, al momento de liquidar los contratos, para verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados, durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debió cotizar[[13]](#footnote-13).

Además, aclara que las personas jurídicas que quieran celebrar contratos con las entidades estatales deben acreditar el pago al Sistema de Seguridad Social Integral de sus empleados, y que por eso deben presentar una certificación expedida por el revisor fiscal o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual, en todo caso, no debe ser inferior a los 6 meses anteriores a la celebración del contrato. En este sentido, la ley señala que para presentar la oferta las personas jurídicas deben acreditar el requisito señalado anteriormente, es decir, el pago al sistema de seguridad social de sus empleados.

Esta norma fue analizada por el Consejo de Estado, quien consideró que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene por objeto evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral y de los aportes parafiscales; y que para lograr esa finalidad el legislador impuso a las entidades estatales la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y durante la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral[[14]](#footnote-14). Por lo tanto, la jurisprudencia reiteró la necesidad de que las entidades estatales, durante la ejecución del contrato, verifiquen el cumplimiento de las obligaciones del Sistema de Seguridad Social Integral por parte de los contratistas.

Luego, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, incluyendo la obligación, para los proponentes y contratistas, de estar a paz y salvo con los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social integral, al señalar:

[…]

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Parágrafo 1. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

De la lectura integral del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 se infiere que, si bien los proponentes y los contratistas deben estar al día en el pago al Sistema de Seguridad Social Integral, la verificación de este requisito, por parte de las entidades estatales, se efectuará cuando realicen los pagos del contrato, es decir, durante la ejecución.

No obstante, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 previó una regla especial para las personas jurídicas que aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales. Para presentar «la oferta» deben acreditar el pago de los aportes de sus empleados, mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista, de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para el que se hubiera constituido la sociedad, el cual, en todo caso, no será inferior a los 6 meses anteriores a la celebración del contrato. Si bien este certificado no es un requisito para perfeccionar el contrato, sí lo es para presentar la oferta.

En este sentido, la verificación del aporte Sistema de Seguridad Social Integral cambia, dependiendo si se trata de una persona natural o de una jurídica: i) si es una natural, la entidad estatal verificará el pago al Sistema de Seguridad Social Integral cuando se realicen los pagos del contrato, es decir, durante su ejecución y ii) si se refiere a una persona jurídica, el comprobante de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de sus empleados se debe aportar con la presentación de la oferta, y este constituye un criterio de admisión de la oferta; sin perjuicio de que durante la ejecución del contrato también se acredite el pago al Sistema de Seguridad Social Integral para pagar las cuentas o facturas si a ello hubiere lugar.

Asimismo, en virtud del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la entidad verificará, tanto para las personas naturales como para las jurídicas, la realización de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, al momento de su liquidación, y dejarán constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron cotizar.

No cabe duda, pues, de que el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, por parte de los contratistas del Estado, es una obligación contenida en las leyes y disposiciones reglamentarias que regulan esta materia, y es deber de las entidades contratantes verificar el cumplimiento de este mandato, tanto antes de celebrar el contrato como durante su ejecución y liquidación, conforme a la naturaleza jurídica de la persona con quien se va a realizar el contrato.

 Como se observa, en lo que tiene que ver con la realización de cada pago derivado del contrato estatal, el ordenamiento jurídico únicamente le impone a las entidades el deber de verificar que el contratista se encuentre al día en el pago de los aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda; según el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, y en los términos del artículo 244 de la Ley 1955 de 2019, esto es, mes vencido.

Con todo, nada obsta para que la partes establezcan algo diferente en el contrato, particularmente en la cláusula relacionada con la forma de pago. En este evento, será obligatorio aportar los documentos que las partes acuerden y cumplir con los requisitos que estas determinen, pero no porque la ley así lo disponga, sino porque, como se dijo, las mismas partes así lo acordaron, en otras palabras, en virtud de la autonomía de la voluntad.

Puede pasar, por ejemplo, que las partes acuerden que el contratista aporte «[…] una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedidas por […][[15]](#footnote-15) el Ministerio del Trabajo. Pero si las partes no pactan al respecto, no existe una norma que imponga el deber legal de exigir ese tipo de documentación. Por el contrario, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, prohíbe a las autoridades exigir «[…] sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales […]».

Al respecto, Colombia Compra Eficiente considera necesario aclarar que, en atención a lo establecido en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, carece de competencia para determinar cuál es la autoridad que debe expedir la certificación o documentos que las partes acuerden o si expedirlo constituye una obligación legal, así como tampoco la tiene para definir si esto le corresponde al Ministerio del Trabajo en la situación expuesta en la consulta *sub examine*, menos para establecer si dentro de las obligaciones de este último está la de expedir certificaciones como el que aquí se comenta.

1. **Respuesta**

i) «¿La acreditación de una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedida por este Ministerio a solicitud de un posible proponente se considera un requisito habilitante o en un criterio de desempate en la contratación pública?».

No es posible hacerlo. La Agencia no desconoce que corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, establecer los requisitos habilitantes y puntuables que exigirán en el pliego de condiciones. Sin embargo, encuentra que esa facultad con la que cuentan las entidades públicas debe ejercerse de forma adecuada y proporcional, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, lo que implica la necesidad de valorar la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los *riesgos* *asociados al contrato*, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto, aspectos estos que *prima facie* no se relacionan con una «una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales», pues los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir la aptitud y las condiciones del proponente para ejecutar el contrato estatal. Dicho margen, por otro lado, encuentra límite en las prohibiciones establecidas en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que establece que «[…] Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales».

ii) «¿La acreditación de una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedida por este Ministerio a solicitud de un contratista se considera un requisito necesario para cancelar una factura por los servicios prestados de un contrato, el pago de la última cuenta asociada al contrato y en la liquidación contractual?». Agrega que, si las respuestas a lo interrogantes anteriores son afirmativas, le informemos cuál es «[…] todo el soporte normativo que nos permita aclarar las funciones y responsabilidades de esta cartera ministerial, respecto de dicha circunstancia […]».

En lo que tiene que ver con la realización de los pagos derivados del contrato estatal, el ordenamiento jurídico le impone a las entidades el deber de verificar que el contratista se encuentre al día con los aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda, y en los términos del artículo 244 de la Ley 1955 de 2019, esto es, mes vencido.

Con todo, nada obsta para que la partes establezcan algo diferente en el contrato, particularmente en la cláusula relacionada con la forma de pago. En este evento, será obligatorio aportar los documentos que las partes acuerden y cumplir con los requisitos que estas determinen, pero no porque la ley así lo disponga, sino porque, como se dijo, las mismas partes así lo acordaron, en otras palabras, en virtud de la autonomía de la voluntad.

Puede pasar, entonces, que las partes acuerden que el contratista aporte «[…] una certificación de no reclamaciones, investigaciones o sanciones laborales expedidas por […][[16]](#footnote-16) el Ministerio del Trabajo. Pero si las partes no pactan al respecto, no existe una norma que imponga el deber legal de exigir ese tipo de documentación. Por el contrario, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, prohíbe a las autoridades exigir «[…] sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales […]».

Al respecto, Colombia Compra Eficiente considera necesario aclarar que, en atención a lo establecido en el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, carece de competencia para determinar cuál es la autoridad que debe expedir la certificación o documentos que las partes acuerden o si expedirlo constituye una obligación legal, así como tampoco la tiene para definir si esto le corresponde al Ministerio del Trabajo en la situación expuesta en la consulta *sub examine*, menos para establecer si dentro de las obligaciones de este último está la de expedir certificaciones como el que aquí se comenta.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe GonzálezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Corte Constitucional. Sentencia C 178 de 1996. M. P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-1)
2. Frente a la naturaleza de las inhabilidades, la Corte Constitucional ha manifestado que son circunstancias previstas en la Constitución Política, o en la ley, que le impiden a una persona ser elegida o designada para desempeñar cargos públicos. Esas circunstancias también pueden tener consecuencias respecto de otras personas que quieran celebrar o hayan celebrados contratos con el Estado. Existen dos tipos de inhabilidades, en primer lugar las que se derivan de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. Estás inhabilidades son en efecto una sanción como consecuencia de la persona. En segundo lugar, se encuentran las inhabilidades que se desprenden de la posición funcional o desempeño de empleados públicos, en este caso, la inhabilidad no es una sanción sino una medida de protección del interés general en razón a la articulación o afinidad entre las funciones” o actividades a desempeñar en una determinada actividad. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2019. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 5 de diciembre de 2016. Expediente: 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333). C. P. Ramiro Pazos Guerrero. Allí se dijo que «es deber de los servidores evitar que prevalezca el interés particular sobre el general, de manera que para garantizar tal propósito el legislador ha establecido toda una reglamentación para propender por la transparencia en la adopción de decisiones, la cual no solo está contenida en la Ley 80 de 1993 o en los régimen especiales de contratación estatal, sino en otro tipo de normas, verbigracia en los ordenamientos disciplinarios , los que regulan el funcionamiento de los entes territoriales o la actividad de la administración, etc.

»27.6. No sobra decir que, con toda razón, el Consejo de Estado ha considerado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, trasparencia e imparcialidad».

 [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

»1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV. […]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. 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.

[...]

»El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

»No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa». [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

»1. Si es una persona natural:

»1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

»1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Cla­sificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel».

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Mide la liquidez del proponente de manera más estricta que el índice de liquidez pues no tiene en cuenta su inventario. El inventario es excluido teniendo en cuenta que es la cuenta menos líquida del activo corriente y no debe ser usada para pagar las obligaciones de corto plazo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencias del 11 de diciembre de 2002, dictada dentro del expediente AG-1683, y del 18 de octubre de 2001, proferida dentro del plenario AG-021. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-11)
12. Gaceta 096 de 2007. Pág. 9. Allí se lee: «Parágrafo 2°. Nuevo. Se adiciona un parágrafo nuevo para *establecer de manera concreta* que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos, con el fin de evitar la exclusión de aquellas personas o empresas principalmente en regiones apartadas que carecen de tal requisito. Dejando sin embargo a la administración la posibilidad de fijar la implementación de planes de calidad» (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 789 de 2002: «Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

»En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

»Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis [6] meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis [6] meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

»Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta». [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Rad. 20001-23-31-000-2005-00409-01[AP]. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Página 5 de la petición. [↑](#footnote-ref-15)
16. Página 5 de la petición. [↑](#footnote-ref-16)