

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Acceso – Información pública – Actuaciones contractuales

Como lo ha manifestado esta Agencia en múltiples ocasiones, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, de los cuales se desprende el deber de publicar las actuaciones contractuales, que implica que todas las entidades estatales, sin importar el régimen de contratación al que se encuentren sometidas, o la naturaleza de los recursos con los que se celebra o se pretende celebrar el contrato deben publicar sus actuaciones; esto, comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir de las decisiones de la Administración Pública. A dicha norma se suman disposiciones como las de la Ley 1712 de 2014, «por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones», que, en el marco de la materialización del derecho al acceso a la información pública, suman fundamento normativo al deber de publicar las actuaciones contractuales.

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual establece los documentos que se deben publicar y el SECOP como medio de publicación, lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Interesados – Intervención de terceros

[...] el principio de transparencia señala como intervinientes en las actuaciones del procedimiento de contratación a los interesados, término para cuya definición se debe acudir al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que permite aplicar las normas de los procedimientos y actuaciones administrativas a los procesos contractuales, y por ello se resalta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–CPACA – contiene algunas disposiciones sobre la intervención en las actuaciones administrativas que resultan relevantes en el particular. Teniendo en cuenta que a través de las actuaciones contractuales se ejerce función administrativa, estas son susceptibles de la intervención de terceros regulada en los artículos 37 y 38 del CPACA, quienes, a pesar de no ser los interesados, de presentarse las condiciones señaladas por la norma es posible que tengan las mismas oportunidades que las partes para presentar una petición.

En ese sentido, el CPACA dispone quiénes son las partes en una actuación administrativa; cuerpo normativo que, como se expuso, es aplicable a los procedimientos contractuales, y ese concepto contribuye a aclarar lo que se debe entender cuando se habla de interesados, es decir, a quiénes les afectan o les conciernen los actos de una autoridad administrativa, al tener que asumir las consecuencias que se deriven de ello, y también



complementa estas nociones al disponer que los terceros pueden llegar a tener los mismos derechos que las partes en ciertas circunstancias.

Ahora bien, los interesados en los procedimientos de selección pueden solicitar la copia de las ofertas mediante una petición de documentos a la entidad contratante, de acuerdo con el artículo 14 del CPACA, y la entidad tiene un plazo máximo de diez (10) días para responder, so pena de que vencido el término deba entregar los documentos, sin la posibilidad de rechazar la solicitud, lo cual se debe cumplir en un plazo de tres (3) días.

APERTURA DE OFERTAS – Normativa – Acceso a la información pública

[...] como se sostuvo en el concepto C-022 del 20 de febrero de 2020–radicado No. 2202013000001140–, respecto de la obligación de abrir los sobres de las ofertas y el momento en que deben hacerlo en sus procedimientos de contratación, no existe dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública una regla general que obligue a las entidades a dar apertura a las ofertas en un momento específico –salvo lo establecido para licitaciones de obra pública por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, que se explicará en el siguiente acápite–; sin embargo, esto no debe ser obstáculo para que las entidades den a conocer el contenido de las ofertas, en la medida que de conformidad con el principio de transparencia regulado en los artículos 23 y 24 de la Ley 80 de 1993, cualquier interesado de forma legítima en la actuación tiene el derecho a solicitar copias de los diferentes documentos que la conforman.

[...]

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades estatales pueden observar como buena práctica lo señalado por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única, que, en su numeral 5, trata de la apertura de ofertas, sin distinguir entre las modalidades de selección, pero diferenciando si el procedimiento de contratación es adelantado en SECOP I o en SECOP II. Para los procedimientos publicados en SECOP I, «una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir». En SECOP II «las Entidades Estatales después de ocurrido el cierre del Proceso deben entregar la copia solicitada de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal».

SOBRE No. 1 – Momento de apertura – Publicidad – Solicitud de copias

[...] tratándose de procesos con Documentos Tipo, el momento de la apertura del Sobre No. 1 se encuentra expresamente regulado dentro del Documento Base. En tal regulación se encuentra incorporada en forma de regla la recomendación formulada en la Circular Externa Única en el sentido de que se realice su apertura en presencia de los asistentes y con levantamiento de un acta de cierre, momento a partir del cual el contenido de dicho sobre pasa a ser público, por lo que los *interesados* podrán solicitar copias o realizar la

consulta de este en ejercicio del derecho de petición frente a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 14 del CPACA.

SOBRE No. 1 – Apertura – SECOP II – Documentos públicos

Para los procesos licitatorios adelantados en SECOP II, dada la naturaleza transaccional de la plataforma, así como por cuenta del carácter electrónico del desarrollo mismo del proceso de selección, el Documento Base establece una regulación alternativa adaptada a estas particularidades, que indica que vencido el plazo para la presentación de ofertas las entidades deben realizar la publicación de las mismas haciendo clic en la opción «publicar ofertas», la cual da pie a que estas sean visibles para todos los proponentes.

[...]

Lo anterior permite concluir que el contenido de la oferta depositado en el Sobre No. 1 es público a partir de la apertura del mismo, por lo que los interesados podrán solicitar copia de las mismas en virtud del derecho de petición. En las licitaciones adelantadas con *Documentos Tipo*, esto ocurre tras el vencimiento del plazo para recibir ofertas, momento a partir del cual los interesados podrán solicitar copias del contenido del referido sobre, así como consultarlos o tomar fotos en la respectiva diligencia de cierre «dentro de los parámetros de respeto, lealtad, buena fe y moralidad que irradian la actuación administrativa», tal como lo sostuvo esta Agencia en el concepto con radicado No 2201913000008690 del 25 de noviembre de 2019.

En cuanto a la publicación que debe seguir a la apertura del Sobre No. 1 en licitaciones públicas adelantadas en SECOP II, conforme imponen el principio de publicidad, el derecho al acceso a la información pública y la regulación establecida en el numeral 2.4 del Documento Base, resulta claro que esta debe abarcar el acta de cierre contentiva de la lista de oferentes y los documentos contenidos en el referido sobre, lo cual deberán hacer pulsando clic en la opción «publicar ofertas» para que sean visibles a todos los Proponentes.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Interpretación restrictiva – Principio *pro libertate*

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva*, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.



[...]

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal.

INHABILIDADES – Interpretación restrictiva – Artículo 8 – Numeral 1º – Literal h) – Ley 80 – Alcance

El literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece una inhabilidad para participar en procesos de contratación o suscribir contratos con entidades estatales para las “sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación”.

[...]

De otra parte, es importante reseñar que el supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente incluye a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad “que formalmente haya presentado propuesta”. Para usar una máxima latina: *Expressio unius est exclusio alterius*, es decir, cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por personas naturales, pues los grados de parentesco solamente se predicán de este tipo de personas. Luego, ante la presencia de una sociedad cuyos socios son personas jurídicas, se torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8 numeral 1 literal h) no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente por personas jurídicas.



Bogotá D.C., 29 de mayo de 2024



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20240529007853
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 29/05/2024 17:52:18



Señor
Luis Alexis Correa Salazar
Ciudad

Concepto C – 041 de 2024

Temas: PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Derecho de acceso a la información pública – Actuaciones contractuales / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Interesados – Intervención de terceros / APERTURA DE OFERTAS – Normativa – Acceso a la información pública / SOBRE No. 1 – Momento de apertura – Publicidad – Solicitud de copias / SOBRE No. 1 – DOCUMENTOS TIPO – Apertura – SECOP II – Documentos públicos

Radicación: Respuesta a consulta # P20240415003890

Estimado señor Correa Salazar,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de abril de 2024.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas:

- i) “El capítulo 2.4 del pliego tipo CIERRE Y APERTURA DE OFERTAS, confiere derecho a que los o un oferente exija a la entidad contratante la toma de fotos o toma de copias o escanear las ofertas



sobre 1 allegadas en un proceso de licitación, o, selección abreviada ? Si la respuesta es positiva, como se podría hacer cumplir este derecho de los oferentes si la entidad contratante se opone al traslado oportuno a los oferentes? Si la respuesta es negativa cual sería la justificación jurídica para que la entidad contratante no permitiera cumplir con el pliego de condiciones?"

ii) "Un oferente se podría oponer al traslado inmediato de su oferta del sobre 1? Si la respuesta es positiva que justificación jurídica existe?"

iii) "Es obligación de la entidad contratante dar traslado inmediato de la oferta económica sobre 2 a los oferentes?"

iv) "Los oferentes tienen la capacidad jurídica para exigir a la entidad contratante la tomo de fotos de la oferta económica (sobre 2) de manera inmediata una vez se apertura el sobre 2? Si la respuesta es positiva, cual sería el argumento jurídico? Si la respuesta es negativa cual sería el argumento jurídico?"

v) "Según conceptos de Colombia Compra Eficiente, si un socio de una SAS se retira de la SAS, su experiencia no la hereda la empresa que abandona. En ese orden de ideas, si la SAS sigue usando esta experiencia dada por el socio que ya no pertenece a la SAS, sería información inexacta? Si la respuesta es negativa, cual sería el argumento técnico o jurídico? Si tanto la SAS y el ex socio participan en un mismo proceso de licitación, se podría considerar que existe alguna inhabilidad de la SAS y del ex socio?"

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias de los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, 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 desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, enjuiciar la validez de la actuación de las entidades públicas o de los particulares ni, mucho menos, calificar conductas con presunta incidencia penal, fiscal o disciplinaria, especialmente, cuando existen órganos especializados para estas materias.

Sin perjuicio de lo anterior, para desarrollar los problemas planteados se estudiarán los siguientes temas: i) principio de publicidad, acceso a la información contractual y posibilidad de solicitar copias de las ofertas, ii) apertura de ofertas en procesos con documentos tipo y publicidad del contenido del sobre No. 1 y sobre No. 2, iii) aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública y iv) la inhabilidad del literal h) del numeral 1 del artículo 8 de 1993 y su interpretación restrictiva.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció sobre la acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución, en los conceptos C-725 del 25 de enero de 2022, C-034 del 2 de marzo de 2022, C-144 del 1º de abril de 2022, C-239 del 26 de julio de 2022, C-324 del 19 de mayo de 2022, C-447 del 19 de julio de 2022, C-456 del 15 de julio de 2022, C-592 del 20 de septiembre de 2022, C-623 del 29 de septiembre de 2022, C-837 del 6 de diciembre de 2022, C-841 del 6 de diciembre de 2022, C-929 del 30 de diciembre de 2022, C-128 del 18 de mayo de 2023, C-146 de 13 de junio de 2023, C-261 del 13 de julio de 2023, C-466 del 01 de diciembre de 2023, entre otros.

Por otra parte, en las consultas de radicado de entrada No. 120191300000667 del 19 de junio de 2019, con radicado de salida No. 2201913000004779 del 7 de julio de 2019, 4201912000004380 con radicado de salida No. 2201913000006245 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004704 con radicado de salida No. 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004743 con

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”.



el radicado de salida No. 2201913000006297 del 28 de agosto de 2019, 4201912000003636 con radicado de salida No. 2201913000006028 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005158 con radicado de salida No. 2201913000006577 del 5 de septiembre de 2019 y C-717 del 10 de diciembre de 2020, la Agencia conceptuó sobre la posibilidad de que la experiencia de los socios, aportada a la empresa pueda ser utilizada a pesar del retiro de alguno de ellos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 8, numeral 1º, literal h) de la Ley 80 de 1993 en el Concepto C-402 del 26 de junio de 2020 y C-580 de 21 de septiembre de 2020. Igualmente, así como en aquella ocasión, analizó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública, sus criterios de interpretación –restrictivo y *pro libertate*– y sus efectos en la capacidad contractual en los conceptos: C-011 del 14 de febrero de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-125 del 3 de marzo de 2020, C-157 del 17 de marzo de 2020, C-273 del 21 de mayo de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-650 del 10 de noviembre de 2020, C-684 del 24 de noviembre de 2020, C-815 del 18 de febrero de 2021 y C-122 del 30 de marzo de 2021. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

2.1. Principio de publicidad y acceso a la información contractual. La posibilidad de solicitar copias de las ofertas

Como lo ha manifestado esta Agencia en múltiples ocasiones, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, de los cuales se desprende el deber de publicar las actuaciones contractuales, que implica que todas las entidades estatales, sin importar el régimen de contratación al que se encuentren sometidas, o la naturaleza de los recursos con la que se celebra o se pretende celebrar el contrato deben publicar sus actuaciones; esto, comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir en las decisiones de la Administración Pública². A dicha norma se suman disposiciones como las de la Ley 1712 de 2014, “por medio de la cual se



crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, que en el marco de la materialización del derecho al acceso a la información pública, suman fundamento normativo al deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales³.

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación⁴, lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública. Así lo confirma el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)”⁵.

Así pues, es claro que las actuaciones de las entidades son públicas, y estas tienen el deber de publicar o permitir el acceso de los interesados a lo relacionado con su actividad contractual. De acuerdo con el Consejo de Estado, existen documentos que integran las actuaciones de la Administración en el desarrollo del procedimiento contractual, a los que pueden acceder quienes demuestren un interés legítimo, y esto se refiere, entre otros, a las ofertas que la entidad reciba de los proponentes interesados en satisfacer la necesidad que sea objeto de contratación.

En ese orden de ideas, la normativa del Sistema de Compra Pública contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos de selección, y con base en ello los proponentes pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del procedimiento. Esto significa que, para celebrar sus contratos, las entidades deben estructurar un procedimiento de selección que es reglado, por lo que se deben consultar las normas que lo rigen para determinar la forma de estructurarlo.

En todo caso, es indiscutible que el documento que concreta el punto de partida para que los interesados en proveerle al Estado lo que requiere, de acuerdo con sus funciones, conozcan las reglas de la presentación de las ofertas, es el pliego de condiciones, como *Documento del Proceso*⁶ que resulta de planear el procedimiento de contratación, de tal manera que se logre identificar todo aquello que le informe al público el objeto contractual y cómo será satisfecho.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, y debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y evaluación de las ofertas v) cronograma, vi) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato⁷.



En consecuencia, en el pliego de condiciones y, particularmente, en el cronograma allí establecido, los proveedores conocen el plazo para la presentación de las ofertas; y cuando ocurre el vencimiento de este plazo –a esto se le denomina el cierre del procedimiento– las entidades pueden expedir un acta de cierre indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales, ya que la constancia de fecha y hora de recibo de las ofertas se señala directamente en el sobre que la contiene, cuando es allegada a la entidad contratante, que es el caso de los procedimientos adelantados en SECOP I. No obstante, como se sostuvo en el concepto C-022 del 20 de febrero de 2020–radicado No. 2202013000001140–, respecto de la obligación de abrir los sobres de las ofertas y el momento en que deben hacerlo en sus procedimientos de contratación, no existe dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública una regla general que obligue a las entidades a dar apertura a las ofertas en un momento específico –salvo lo establecido para licitaciones de obra pública por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, que se explicará en el siguiente acápite–; sin embargo, esto no debe ser obstáculo para que las entidades den a conocer el contenido de las ofertas, en la medida que, de conformidad con el principio de transparencia regulado en los artículos 23^o y 24^o de la Ley 80 de 1993, cualquier interesado de forma legítima en la actuación tiene el derecho a solicitar copias de los diferentes documentos que la conforman. Al respecto, se dijo en el mencionado concepto:

“A pesar de que la entidad no tiene la obligación de abrir las ofertas en un momento determinado, ello no obsta para que los oferentes sí tengan acceso a las ofertas solicitando una copia de estas a la entidad, de acuerdo con los principios que regulan la contratación pública. El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios que rigen las actuaciones dentro de los procedimientos contractuales que adelantan las entidades, y se destaca el principio de transparencia, desarrollado por el artículo 24, que contiene las reglas que permiten a los “interesados” conocer las actuaciones contractuales, que son públicas, para poder controvertirlas a través de observaciones, por lo que se conforma un expediente, de acuerdo con lo prescrito en la norma. Este principio contiene una regla respecto de las ofertas: “4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas



recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios”.

En ese orden, el principio de transparencia señala como intervinientes en las actuaciones del procedimiento de contratación a los *interesados*, término para cuya definición es necesario acudir al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que permite aplicar las normas de los procedimientos y actuaciones administrativas a los procesos contractuales¹⁰, y por ello se resalta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– contiene algunas disposiciones sobre la intervención en las actuaciones administrativas que resultan relevantes en el particular. Teniendo en cuenta que a través de las actuaciones contractuales se ejerce función administrativa, estas son susceptibles de la intervención de terceros regulada en los artículos 37 y 38 del CPACA, quienes, a pesar de no ser los interesados, de presentarse las condiciones señaladas por la norma es posible que tengan las mismas oportunidades que las partes para presentar una petición¹¹.

En ese sentido, el CPACA dispone quiénes son las partes en una actuación administrativa; lo que, como se expuso, es aplicable a los procedimientos contractuales, y ese concepto contribuye a aclarar lo que se debe entender cuando se habla de *interesados*, es decir, a quienes les afectan o les conciernen los actos de una autoridad administrativa, al tener que asumir las consecuencias que se deriven de ello, y también complementa estas nociones, al disponer que los terceros pueden llegar a tener los mismos derechos que las partes en ciertas circunstancias.

Ahora bien, los *interesados* en los procedimientos de selección pueden solicitar la copia de las ofertas mediante una petición de documentos a la entidad contratante, de acuerdo con el artículo 14 del CPACA, y la entidad tiene un plazo máximo de diez (10) días para responder ¹², so pena de que vencido el término



deba entregar los documentos, sin la posibilidad de rechazar la solicitud, lo cual se debe cumplir en un plazo de tres (3) días¹³.

Esas solicitudes versan sobre documentos públicos, teniendo en cuenta que la Ley 1712 de 2014, en el artículo 4, señala que las personas pueden conocer la información pública que posea un sujeto obligado; quienes son las entidades públicas, en general, entre otros¹⁴. Y el artículo 6 define la información pública como “toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal”, como es el caso de las ofertas que recibe en sus procedimientos contractuales, ya que las obtiene y controla por su rol de contratante¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades estatales pueden observar como buena práctica lo señalado por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única, que en su numeral 5 trata de la apertura de ofertas, sin distinguir entre las modalidades de selección, pero diferenciando si el procedimiento de contratación es adelantado en el SECOP I o en el SECOP II: “Con fundamento en el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas, las Entidades Estatales después de ocurrido el cierre del Proceso deben entregar las copias que se soliciten de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal”.

Para los procedimientos publicados en SECOP I, “las Entidades Estatales expedirán, a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios”. En el SECOP II “la Entidad Estatal dará a conocer las ofertas presentadas en el Proceso de Contratación, haciendo clic en la opción –publicar ofertas– para que sean visibles a todos los proponentes”.

2.2. Apertura de ofertas en procesos con Documentos Tipo y la publicidad del contenido del Sobre No. 1 y Sobre No. 2

De conformidad con el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 2022 de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente está facultada para expedir “[...] 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”¹⁶.

Con fundamento en esta competencia legal, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha expedido doce (12) documentos tipo para cinco (5) sectores de la economía –transporte, agua potable y saneamiento básico, infraestructura social, catastro con enfoque multipropósito y convenios solidarios¹⁷.

Estos documentos contienen parámetros de obligatoria observancia para las entidades estatales regidas por el régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, que adelanten procesos de selección en las referidas modalidades para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte. Conforme a lo anterior, y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, los Documentos Tipo adoptados para las referidas modalidades de selección establecieron las condiciones habilitantes aplicables, así como los factores técnicos y económicos de escogencia para los procesos de selección en los que corresponda su aplicación, los cuales son de obligatoria observancia. Estos factores además son inalterables e inmodificables por parte de las entidades a la hora de utilizar los Documentos Tipo para adelantar sus procesos de contratación de

¹⁶ Ley 2022 de 2020: “**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”.

¹⁷ Para revisar los documentos tipo adoptados hasta la fecha se pueden revisar en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo>



conformidad con los artículos 2.2.1.2.6.1.4¹⁸, 2.2.1.2.6.2.3¹⁹. y 2.2.1.2.6.3.4²⁰ del Decreto 1082 de 2015.

Ahora bien, los documentos tipo, consisten en un grupo de documentos, conformados por un documento base, anexos, matrices, formatos y formularios, que sirven tanto a las entidades para elaborar los documentos del proceso, como a los proponentes para conformar y presentar sus ofertas.

Uno de los elementos comunes a los diferentes documentos tipo es el "Documento Base o Pliego Tipo", el cual no es otra cosa que un documento que sirve de base para la elaboración de los pliegos de condiciones en los procesos en los que corresponda la aplicación de estos Documentos Tipo. Este dista de ser un mero formato o modelo a seguir para las entidades, comoquiera que este, además de contener una materialización de las normas aplicables a la modalidad de selección, en virtud de lo dispuesto en los artículos 4 de la Ley 1882 de 2018 y 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015, la mayoría de su contenido, consistente en reglas y parámetros a seguir en el correspondiente proceso de contratación, se encuentra afectado por el mandato de inalterabilidad dispuesto en dichas normas, lo cual supone una limitación a la discrecionalidad de las entidades en la configuración del pliego de condiciones, la cual se ve reducida a la acotación de los apartados resaltados en color gris entre corchetes.

Dentro de las normas que se materializan en dicho Documento Base encontramos por supuesto el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual regula el

¹⁸ Licitación Pública "**2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo**. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo".

¹⁹ "2.2.1.2.6.2.3. Criterios para selección abreviada de menor cuantía. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, deberán tener en cuenta los parámetros definidos en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del presente decreto para el desarrollo e implementación de Documentos Tipo en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, salvo lo referente al puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad de que tratan los artículos 2.2.1.2.4.2.6, 2.2.1.2.4.2.7, y 2.2.1.2.4.2.8 del presente decreto.

"Los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.1.5. del presente decreto aplican para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía para la contratación obra pública de infraestructura de transporte".

²⁰ Mínima cuantía: "2.2.1.2.6.3.4 Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso, condiciones habilitantes y factores económicos de escogencia distintos a los señalados en los Documentos Tipo".



procedimiento de selección de licitación pública y la presentación de ofertas en el marco de este. Esta norma fue objeto de adición por parte del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, el cual estableció reglas para la presentación de ofertas en licitaciones para la selección de contratistas de obra pública, señalando que las mismas deben estar conformadas por dos sobres: i) Un primer sobre que contenga los documentos mediante los que se acredita el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como como los puntuables diferentes a la oferta económica –Sobre No. 1– y un segundo sobre en el que se deposite exclusivamente el ofrecimiento económico –Sobre No. 2–²¹.

En relación con el Sobre No. 1, es pertinente mencionar que la norma establece que la entidad deberá publicar un informe de evaluación relacionado con los documentos relativos a los requisitos habilitantes y los que sean objeto de puntuación diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones, el cual deberá permanecer publicado durante cinco (5) días en el SECOP.

Ahora bien, tratándose de procesos con Documentos Tipo, el momento de la apertura del Sobre No. 1 se encuentra expresamente regulado dentro del Documento Base. En tal regulación se dispone que, se realizará su apertura en presencia de los asistentes y con levantamiento de un acta de cierre, momento a partir del cual el contenido de dicho sobre pasa a ser público, por lo que los *interesados* podrán solicitar copias o realizar la consulta de este en ejercicio del derecho de petición frente a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 14 del CPACA. Reza el numeral 2.4 del Documento Base:

“Una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura del Sobre No. 1 en presencia de los Proponentes o veedores que deseen asistir y elaborar un acta de cierre en la cual conste la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o

²¹ Ley 1882 de 2018: “Artículo 1. Parágrafo 2. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.

“El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones”.

[...]”.



razón social de los oferentes y sus representantes legales, conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015. La hora de referencia será la hora legal colombiana certificada por el Instituto Nacional de Metrología (utilizando para tal efecto la página web <http://horalegal.inm.gov.co>).

En el lugar y fecha señalada, en un acto público se realizará la apertura del Sobre No. 1 de todas las ofertas y tendrá la responsabilidad de hacerlo la [Dependencia de la Entidad encargada de abrir el sobre]. Una vez realizada la apertura, las propuestas son públicas y cualquier persona podrá consultarlas en el sitio o pedir copias, de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

De lo anterior, se levantará un acta que solo será suscrita por los funcionarios o contratistas de la Entidad que intervengan en la diligencia de cierre, en la cual se relacionará como información del Sobre 1 de cada oferta, el nombre de los Proponentes, si la carta de presentación fue incluida y está firmada; el número de la garantía de seriedad de la oferta que la acompaña; el número de folios y las observaciones correspondientes, así como los demás aspectos relevantes que considere la Entidad²².

En ese orden, conforme indican los apartados transcritos, la apertura del Sobre No. 1 en procesos de licitación pública adelantados con Documentos Tipo, debe realizarse al momento del vencimiento del plazo para la recepción de ofertas, en presencia de los interesados y con levantamiento de un acta de cierre. Los documentos contenidos en el sobre, amén de su carácter público, además de ser susceptibles de ser solicitados en ejercicio del derecho de petición, deben ser objeto de publicación por parte de las entidades.

No obstante, lo dispuesto en los párrafos transcritos solo es aplicable a las licitaciones públicas adelantadas enteramente en medio físico, cuya publicidad se surte a través de la plataforma SECOP I. Para los procesos licitatorios adelantados en SECOP II, dada la naturaleza transaccional de la plataforma, así como por cuenta del carácter electrónico del desarrollo mismo del proceso de selección, el Documento Base establece una regulación alternativa adaptada a estas

²² Documento Base o Pliego Tipo adoptado por la Agencia Nacional de Contratación Pública para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte mediante la Resolución No. 045 de 2020 [Versión 2].



particularidades, que indican que vencido el plazo para la presentación de ofertas las entidades deben realizar la publicación de las mismas haciendo clic en la opción “publicar ofertas”, la cual da pie a que estas sean visibles para todos los proponentes. Establece el referido numeral 2.4:

“Vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura del Sobre No. 1 y publicar la lista de oferentes. Realizada la apertura, las propuestas son públicas y cualquier persona podrá consultarlas. La Entidad Estatal dará a conocer las ofertas presentadas en el Proceso de Contratación haciendo clic en la opción “publicar ofertas” para que sean visibles a todos los Proponentes.

Se darán por no presentadas todas las propuestas que no hayan sido entregadas en la plataforma y en el plazo previsto para ello en el presente pliego de condiciones. No serán tenidas como recibidas las ofertas que hayan sido presentadas por medios distintos al SECOP II o que no hayan sido presentadas de conformidad con los Términos y Condiciones de Uso del SECOP II.

Sin embargo, cuando haya una indisponibilidad del SECOP II, la cual ha sido confirmada por Colombia Compra Eficiente mediante Certificado de Indisponibilidad, la Entidad Estatal puede recibir ofertas en los términos y condiciones establecidos en el “Protocolo para actuar ante una indisponibilidad del SECOP II” o en el documento que Colombia Compra Eficiente determine para ello. [Puede consultarlo en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii/indisponibilidad-en-el-secop-ii>]²³

Lo anterior permite concluir que el contenido de la oferta depositado en el Sobre No. 1 es público a partir de la apertura del mismo, por lo que los interesados podrán solicitar copia de las mismas en virtud del derecho de petición. En las licitaciones adelantadas con *Documentos Tipo*, esto ocurre tras el vencimiento del plazo para recibir ofertas, momento a partir del cual los interesados podrán solicitar copias del contenido del referido sobre, así como consultarlos o tomar fotos en la respectiva diligencia de cierre “dentro de los parámetros de respeto, lealtad, buena fe y moralidad que irradian la actuación administrativa”, tal como lo sostuvo esta Agencia en el concepto con radicado No 2201913000008690 del 25 de noviembre de 2019 y el concepto C-456 del 6 de junio de 2020.

²³ *Ibidem*



En cuanto a la publicación que debe seguir a la apertura del Sobre No. 1 en licitaciones públicas adelantadas en SECOP II, conforme imponen el principio de publicidad, el derecho al acceso a la información pública y la regulación establecida en el numeral 2.4 del Documento Base, resulta claro que esta debe abarcar el acta de cierre contentiva de la lista de oferentes y los documentos contenidos en el referido sobre, lo cual deberán hacer haciendo clic en la opción “publicar ofertas” para que sean visibles a todos los Proponentes.

Por otra parte, respecto del sobre 2, el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 señala el momento en que se debe dar su apertura, en los siguientes términos:

“[...]Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. *Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad*” (Cursiva fuera de texto).

Conforme lo señalado, la apertura del Sobre No.2 que contiene la oferta será en la audiencia efectiva de adjudicación y, siendo público los “interesados” pueden solicitar copia o consulta de su contenido. Ahora bien, este aspecto, fue regulado expresamente en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en donde se dispone sobre su custodia y apertura:

“Un funcionario o contratista de la entidad verificará que el Sobre No. 2 de cada oferta esté sellado y requerirá a los asistentes a la diligencia de cierre para que firmen cada uno de ellos. Para generar confianza, al momento del cierre la entidad guardará en un sobre todos los sobres económicos, y éste lo firmarán quienes asistan al cierre, o los custodiará en una bolsa de seguridad, con el fin de que, al momento de su apertura en la audiencia efectiva de adjudicación se pueda verificar que los mismos no fueron alterados, cambiados o abiertos. La entidad custodiará en un lugar idóneo este sobre o la bolsa de seguridad para garantizar su seguridad”.



Además, en el documento se señala que en la apertura del sobre No. 2, la entidad “permitirá tomar fotos a la oferta económica, si así lo solicita cualquier proponente la entidad permitirá tomar fotos a las ofertas económicas, cuando lo solicite cualquier proponente”.

2.3 Aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia. El propósito es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal²⁴. Con los matices requeridos para la aplicación de los documentos tipo, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual que se pretende satisfacer con el procedimiento, 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 componentes como la identificación de riesgos, el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar²⁵.

²⁴ Ley 1150 de 2007: “Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.

²⁵ 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”.



La experiencia que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos, se verifica con el Registro Único de Proponentes –RUP–²⁶, cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, en el cual constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación²⁷.

Respecto de la experiencia, esta 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 son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente²⁸. De esta manera, con el RUP se verifica que el

²⁶ 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.

[...]”.

²⁷ 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”.

²⁸ 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



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 idéntico.

Por lo demás, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública el Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación, donde se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos. En relación con la experiencia, el Manual se centra en su carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar²⁹.

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse

y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel".

²⁹ Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: "La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

[...]

La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

[...]"



directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Finalmente, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes para evaluar las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales, respecto de la experiencia:

i) La experiencia es *personal*, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede *compartir*, sin que implique que la que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales– que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede *transferir*, y esto es diferente a compartir, lo que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita la experiencia como propia, como sucede con algunas figuras y reformas estatutarias como la transformación, fusión o escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero –que es otra persona diferente a la principal– sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, cuando la persona que adquirió la experiencia *desaparece* o se liquida no es posible que comparta o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió.

Ahora bien, en relación con la pregunta de su solicitud, en la que indica que, “Según conceptos de Colombia Compra Eficiente, si un socio de una SAS se retira de la SAS, su experiencia no la hereda la empresa que abandona”. Sobre el particular le informamos que, la parte final del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede entenderse como una medida de fomento a la



participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas —con menos de 3 años de constitución— puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes.

A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

En este sentido, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Finalmente, el Decreto 1082 de 2015 dispone que una sociedad con menos de tres años de constituida puede aportar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes. Por tanto, si se pierde esta calidad, como sucedería cuando un socio se retira por venta o cesión de su participación y pierde su calidad de socio, con el fin de evitar prácticas corruptas o que atenten contra la transparencia en la contratación estatal, la experiencia aportada por quien se retira no deberá ser tenida en cuenta por las entidades estatales, y no debería ser utilizada por el proponente en procesos de contratación, ya que es inherente a la persona que la



ha obtenido. En consecuencia, el proponente debería actualizar la experiencia en el RUP, actuando de buena fe en el proceso de contratación.

De igual forma, lo anterior se fundamenta como se explicó en líneas atrás, en el carácter personalísimo de la experiencia respecto de la persona que la ha adquirido y que solo en casos excepcionales y por disposición legal o reglamentaria se presume de otra forma. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de un proponente a otro, excepto cuando una sociedad es de reciente creación. En ese sentido si el socio se retira de la sociedad por venta o cesión de su participación accionaria, no puede vender o ceder su experiencia para que el adquirente o cesionario de la participación accionaria la aporte a la sociedad.

Ahora bien, atendiendo a lo consultado en la petición, le indicamos que le asiste a la Entidad Estatal verificar la veracidad de la información suministrada por el proponente para evitar vicios en la adjudicación y en el contrato le asiste sobre la documentación que este aporta para acreditar sus requisitos habilitantes y de calificación o ponderables, en ese orden de ideas, si de la información con la cual el proponente se habilita se le otorga puntaje en el Proceso de Contratación se encuentran o se avizoran inconsistencias, resulta absolutamente necesario, para evitar cualquier asomo de duda al respecto, que las entidades estatales establezcan las causales que dan lugar al rechazo de las ofertas, tal como lo ordena el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, y dentro de ellas contemplen la procedencia del descarte de aquellas ofertas que contengan información inexacta o que no pueda ser verificada, así como aquella que espuria o comprobadamente falsa, pues ello pone en cabeza de estas tanto la potestad como el deber antesmencionados de corroborar la información que se presenta en las ofertas cuando lo considere necesario o sea fácticamente procedente.

2.4. La inhabilidad del literal h) del numeral 1 del artículo 8 de 1993 y su interpretación restrictiva

Las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias establecidas por la Constitución o la ley que impiden la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o puedan celebrar contratos con el Estado, con el objetivo de garantizar la idoneidad, imparcialidad,



probidad, transparencia y moralidad de la función pública, y garantizar el interés general. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es un conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer una relación jurídica contractual con el Estado, que pueden resultar de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Estas restricciones o limitaciones que afectan la capacidad jurídica de las personas para contratar salvaguardan los principios de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis en el de moralidad.

De esta manera, las inhabilidades e incompatibilidades son medios que buscan garantizar la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado y para ello imponen restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, el derecho a participar en procesos de licitación y celebrar contratos con la Administración. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la salvaguarda del interés general y que su lectura e interpretación debe ser taxativa y restrictiva:

“Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal [CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6]. De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal [incompatibilidad o inhabilidad] no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el



reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”³⁰.

Asimismo, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidad para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGACP, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad.

“Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio *pro libertate*, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)”³¹.

En consecuencia, el carácter reconocidamente taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implica el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Bajo estas circunstancias, las entidades públicas no pueden establecer en el pliego de condiciones causales de inhabilidad o incompatibilidad no previstas en la Constitución o en la ley. En

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ *Ibid.*



consecuencia, al tratarse de una materia que tiene reserva legal, no es posible que una entidad pública establezca nuevas causales que afecten la capacidad para contratar con el Estado, ni siquiera haciéndolas pasar como causa para rechazar los ofrecimientos realizados.

Bajo esta perspectiva, la aplicación de las inhabilidades debe ceñirse rigurosamente a lo dispuesto en la norma que la contempla, de manera que no resulta procedente su extensión a otras situaciones o condiciones diferentes a las establecidas, en perjuicio de quienes aspiran a contratar con el Estado. Por ello, las entidades contratantes deben determinar en cada caso concreto el alcance de las inhabilidades previstas en la Constitución y la ley y aplicar su contenido estrictamente a los supuestos de hechos descritos y a los destinatarios de la norma que la consagra.

En tal sentido, como se indicó anteriormente, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades limitan la capacidad jurídica del sujeto sobre el cual recae la inhabilidad o incompatibilidad impidiéndole contratar con el Estado. Esto, en razón que, la causa de dicha limitación, responde generalmente, a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito de la persona que le impide ser parte en esas relaciones contractuales y que, sin ellas, podría afectarse el correcto cumplimiento del contrato, el interés público y las finalidades que demanda la actividad contractual estatal³².

Ahora bien, y con el fin de atender la última pregunta de su solicitud, es pertinente referirnos al literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que establece una inhabilidad para participar en procesos de contratación o suscribir contratos con entidades estatales para las “sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación”.

La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de esta disposición y tuvo la oportunidad de explicar su contenido, así como el raciocinio del legislador en los siguientes términos:

³² Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 26 de septiembre de 1996 Expediente D-1264, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



“La presencia de familiares en una misma licitación o concurso, puede seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos. [...] La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan. La participación de parientes en una misma licitación o concurso, quebranta este supremo presupuesto negocial, en detrimento de la lealtad y sana emulación entre los oferentes, lo que a su turno genera desigualdad y propicia la inmoralidad, la cual bien puede desembocar en colusión y pérdida económica para el Estado que no sabrá si objetivamente está en un momento dado seleccionando la mejor propuesta. [...]

[...]

La limitación legal - en este evento la inhabilidad-nulidad -, contiene una orden de abstención (prohibición), que recae sobre la persona o sociedad cerrada que en los términos de la ley tenga nexos con otra que previamente hubiere formalizado una propuesta en la misma licitación o concurso. La causa de la prohibición, se reitera, es la protección del interés general. La consecuencia que se deriva de incumplir el mandato legal, sin perjuicio de la que emana del Código Penal, es la de viciar con nulidad absoluta el vínculo contractual así conformado.”³³.

Esta inhabilidad, entonces, toma como base ciertas relaciones de consanguinidad o afinidad para limitar la capacidad de ciertos sujetos de derecho con el objetivo de preservar ciertos principios constitucionales y el interés general. No obstante, esta inhabilidad, como todas las demás contenidas en el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada, según se explicó, de manera restrictiva y no es posible hacer interpretaciones analógicas o finalistas con el objetivo de cobijar situaciones fáctico-jurídicas que no encuadran dentro del supuesto descrito en la norma.

Lo primero que debe resaltarse son los sujetos de derecho contemplados por esta inhabilidad, esto es, “las sociedades distintas de las anónimas abiertas”. En virtud de la interpretación restrictiva, solamente se encuentran incluidas las sociedades, luego, ni personas naturales ni consorcios o uniones temporales ni otro tipo de personas jurídicas se encuadran en este literal; además se hace expresa exclusión de las sociedades anónimas abiertas. Esta exclusión, frente algunas

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



disposiciones del régimen de inhabilidades, lo ha dicho la Corte Constitucional al analizar una inhabilidad distinta, se relaciona con la imposibilidad de controlar “las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones”³⁴. Las condiciones de análisis de estas circunstancias se establecerán en los pliegos de condiciones, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

De otra parte, es importante reseñar que el supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente incluye a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad “que formalmente haya presentado propuesta”. Para usar una máxima latina: *Expressio unius est exclusio alterius*, es decir, cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por “personas naturales”, pues los grados de parentesco solamente se predicán de este tipo de personas³⁵. Luego, la presencia de una sociedad cuyos socios o cuyo representante son personas jurídicas, torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8, numeral 1, literal h), no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente o representadas por personas jurídicas³⁶. Por tanto,

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ Código Civil: “Artículo 35. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”.

³⁶ De hecho en el Concepto C-402 del 26 de junio de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resolvió la siguiente pregunta: “¿Se extiende la inhabilidad del artículo 8 numeral 1 literal h a las sociedades cuyos socios son personas jurídicas en las cuales tiene participación una persona con parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que haya presentado propuesta?”, respondiendo al respecto: “El supuesto de hecho descrito en el literal h) solamente cubre a aquellas sociedades en las cuales el representante legal o alguno de sus socios tienen un parentesco con el representante legal o alguno de los socios de una sociedad “que formalmente haya presentado propuesta”. Para usar una máxima latina: *Expressio unius est exclusio alterius*, es decir que cualquier escenario que no se encuadre perfectamente allí se encuentra excluido del supuesto de hecho.

“Por ello, esta inhabilidad solamente aplica a aquellas sociedades conformadas o representadas por personas naturales, pues los grados de parentesco solamente se predicán de este tipo de personas. Luego, ante la presencia de una sociedad cuyos socios son personas jurídicas se torna imposible la aplicación de esta precisa inhabilidad. En palabras más sencillas, el artículo 8, numeral 1, literal h), no es aplicable a sociedades que estén conformadas exclusivamente por personas jurídicas.

“Dicho ello, se debe aclarar que la inhabilidad analizada no se extiende a las sociedades que están conformadas por personas jurídicas, aun cuando estas tengan como socio a una persona natural que se encuentra en alguno de los grados de parentesco prescritos en el literal h).



tampoco es aplicable a una sociedad distinta a una anónima abierta que se presente a un procedimiento de selección, cuando el representante legal de aquella sea otra sociedad –así la persona natural que es representante legal de esta última tenga los vínculos de parentesco mencionados en el literal, con el representante legal o con cualquiera de los socios de otra sociedad que ya se presentó al proceso de selección–, pues no se puede aplicar extensiva, ni analógicamente, la inhabilidad.

Dicho ello, se debe aclarar que la inhabilidad analizada no se extiende a las sociedades que están conformadas por personas jurídicas, aun cuando estas tengan como socio a una persona natural que se encuentra en alguno de los grados de parentesco prescritos en el literal h).

Debe ponerse de presente que si se hiciera una interpretación teleológica y extensiva de la norma en comento se podría llegar a pensar que la inhabilidad debería extenderse a sociedades en el supuesto de hecho descrito, ya que de esa manera se garantizaría que no haya “la presencia de familiares en una misma licitación” que puede “seriamente hacer fracasar sus objetivos básicos”³⁷. Pese a ello, esta interpretación analógica y extensiva se opone a la necesidad de hacer una interpretación restrictiva de todas las inhabilidades y por lo mismo debe descartarse.

Adicionalmente, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el literal h) no hace mención alguna a personas naturales socios del grupo empresarial, matriz o subordinadas o miembros de consorcios o uniones temporales. Esto contrasta, a manera de ejemplo, con la inhabilidad contemplada por el literal j) del mismo numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, introducido por la Ley 2014 de 2019, en el cual con toda claridad se preceptuó: “la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de

³⁷ Además, debe ponerse de presente que el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio expresamente indica que la “sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Adicionalmente, según lo ha reseñado la Superintendencia de Sociedades para los grupos económicos “Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias”. Por lo mismo, ni desde una perspectiva pura de derecho administrativo, ni desde una perspectiva de derecho privado, puede extenderse la inhabilidad del literal h), de una sociedad a sus subordinadas o a otras sociedades en las cuales tenga algún grado de participación”.



administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan [...]”. Si el legislador hubiese querido hacer extensiva la inhabilidad del literal h) al grupo empresarial, socios de socios, etc., hubiese establecido una disposición como la del literal j), lo que no sucedió.

Para cerrar este argumento es importante reconocer que para el momento de expedición de la Ley 80 de 1993 aún no se había expedido la norma vigente en materia de grupos empresariales, la Ley 222 de 1995. No obstante, para 1993 sí se encontraban vigentes los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio sobre subordinación, a los cuales hubiese podido acudir el legislador si su intención hubiese sido limitar la capacidad de las sociedades con capital de personas jurídicas cuyos socios, personas naturales, se encontrarán en el supuesto de hecho del literal h).

Además, debe ponerse de presente que el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio expresamente indica que la “sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Adicionalmente, según lo ha reseñado la Superintendencia de Sociedades para los grupos económicos “Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad; es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias”³⁸. Por lo mismo, ni desde una perspectiva pura de derecho administrativo, ni desde una perspectiva de derecho privado, puede extenderse la inhabilidad del literal h) de una sociedad a sus subordinadas o a otras sociedades en las cuales tenga algún grado de participación.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 12 del artículo 110 del Código de Comercio³⁹, al momento de constituir la sociedad se debe indicar quién será su

³⁸ Superintendencia de Sociedades. Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Guia_Practica_RegimenMatricesySubordinadas.pdf recuperado el 9 de junio de 2020.

³⁹ Esta norma establece: “La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

[...].

“12) El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o a algunos de los asociados”.



representante legal. Además, el artículo 200 del mismo Código, en el inciso quinto, prescribe que “Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal”. Esto significa que una sociedad sí puede actuar como administradora de otra sociedad y dicho dato se acredita –como sucede en los procedimientos de selección contractual realizados por las entidades estatales–, a través del certificado de existencia y representación legal de la sociedad. Lo anterior, atendiendo a que, como lo dispone el artículo 633 del Código Civil, una persona jurídica es “[...] una *persona ficticia*, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (cursiva fuera de texto). Entonces, sí es posible que una sociedad esté representada por otra persona jurídica. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 26 de la Ley 1258 de 2008, que establece que “La representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona natural o *jurídica*, designada en la forma prevista en los estatutos” (cursiva fuera de texto).

Finalmente, en relación con la forma de verificación del supuesto de hecho contenido en el literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, esta Agencia señala que las entidades públicas establecerán en el pliego de condiciones la forma en que las sociedades por acciones simplificadas que presenten propuestas en sus procesos de licitación acrediten no estar incurso en la causal de inhabilidad referida, a través de los medios probatorios que estimen más idóneos para acreditar la circunstancia referida, puesto que la norma no estableció un sistema de tarifa legal para acreditar el no estar incurso en la causal analizada, pudiendo incluso solicitar una declaración juramentada en la que se manifieste dicha circunstancia.

3. Respuestas

Igualmente, el segundo inciso del artículo 117 del mismo Código dispone que “Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso”.

De la misma manera, el numeral 7 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, exige que en el contrato o acto unilateral de constitución de la sociedad por acciones simplificada se exprese “La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal”.



Previo a responder a los interrogantes planteados en su solicitud, es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares 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.

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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder a la totalidad del expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

- i) “El capítulo 2.4 del pliego tipo CIERRE Y APERTURA DE OFERTAS, confiere derecho a que los o un oferente exija a la entidad contratante la toma de fotos o toma de copias o escanear las ofertas sobre 1 allegadas en un proceso de licitación, o, selección abreviada ? Si la respuesta es positiva, como se podría hacer cumplir este derecho de los oferentes si la entidad contratante se opone al traslado oportuno a los oferentes? Si la respuesta es negativa cual sería la justificación jurídica para que la entidad contratante no permitiera cumplir con el pliego de condiciones?”.
- ii) “Un oferente se podría oponer al traslado inmediato de su oferta del sobre 1? Si la respuesta es positiva que justificación jurídica existe?”.



Teniendo en cuenta la unidad de materia entre las preguntas uno (1) y dos (2) de su solicitud, estas se responderán de forma conjunta en los siguientes términos:

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual regula el procedimiento de selección de licitación pública y la presentación de ofertas en el marco de este. Esta norma fue objeto de adición por parte del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, el cual estableció reglas para la presentación de ofertas en licitaciones para la selección de contratistas de obra pública, señalando que las mismas deben estar conformadas por dos sobres: i) Un primer sobre que contenga los documentos mediante los que se acredita el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los puntuables diferentes a la oferta económica –Sobre No. 1– y un segundo sobre en el que se deposite exclusivamente el ofrecimiento económico –Sobre No. 2–.

En relación con el Sobre No. 1, es pertinente mencionar que la norma establece que la entidad deberá publicar un informe de evaluación relacionado con los documentos relativos a los requisitos habilitantes y los que sean objeto de puntuación diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones, el cual deberá permanecer publicado durante cinco (5) días en el SECOP.

Ahora bien, tratándose de procesos con Documentos Tipo, el momento de la apertura del Sobre No. 1 se encuentra expresamente regulado dentro del Documento Base. En tal regulación se dispone que, se realizará su apertura en presencia de los asistentes y con levantamiento de un acta de cierre, momento a partir del cual el contenido de dicho sobre pasa a ser público, por lo que los interesados podrán solicitar copias o realizar la consulta de este en ejercicio del derecho de petición frente a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 14 del CPACA.

En ese orden, conforme indican los apartados del numeral 2.4 del Documento Tipo, la apertura del Sobre No. 1 en procesos de licitación pública adelantados con Documentos Tipo, debe realizarse al momento del vencimiento del plazo para la recepción de ofertas, en presencia de los interesados y con levantamiento de un acta de cierre. Los documentos contenidos en el sobre, amén de su carácter público, además de ser susceptibles de ser solicitados en ejercicio



del derecho de petición, deben ser objeto de publicación por parte de las entidades.

No obstante, lo dispuesto en los párrafos transcritos solo es aplicable a las licitaciones públicas adelantadas enteramente en medio físico, cuya publicidad se surte a través de la plataforma SECOP I. Para los procesos licitatorios adelantados en SECOP II, dada la naturaleza transaccional de la plataforma, así como por cuenta del carácter electrónico del desarrollo mismo del proceso de selección, el Documento Base establece una regulación alternativa adaptada a estas particularidades, que indican que vencido el plazo para la presentación de ofertas las entidades deben realizar la publicación de las mismas haciendo clic en la opción “publicar ofertas”, la cual da pie a que estas sean visibles para todos los proponentes.

Lo anterior permite concluir que el contenido de la oferta depositado en el Sobre No. 1 es público a partir de la apertura del mismo, por lo que los interesados podrán solicitar copia de las mismas en virtud del derecho de petición. En las licitaciones adelantadas con *Documentos Tipo*, esto ocurre tras el vencimiento del plazo para recibir ofertas, momento a partir del cual los interesados podrán solicitar copias del contenido del referido sobre, así como consultarlos o tomar fotos en la respectiva diligencia de cierre “dentro de los parámetros de respeto, lealtad, buena fe y moralidad que irradian la actuación administrativa”, tal como lo sostuvo esta Agencia en el concepto con radicado No 2201913000008690 del 25 de noviembre de 2019 y el concepto C-456 del 6 de junio de 2020.

En cuanto a la publicación que debe seguir a la apertura del Sobre No. 1 en licitaciones públicas adelantadas en SECOP II, conforme imponen el principio de publicidad, el derecho al acceso a la información pública y la regulación establecida en el numeral 2.4 del Documento Base, resulta claro que esta debe abarcar el acta de cierre contentiva de la lista de oferentes y los documentos contenidos en el referido sobre, lo cual deberán hacer haciendo clic en la opción “publicar ofertas” para que sean visibles a todos los Proponentes.

- iii) “Es obligación de la entidad contratante dar traslado inmediato de la oferta económica sobre 2 a los oferentes?”.



- iv) “Los oferentes tienen la capacidad jurídica para exigir a la entidad contratante la tomo de fotos de la oferta económica (sobre 2) de manera inmediata una vez se apertura el sobre 2? Si la respuesta es positiva, cual sería el argumento jurídico? Si la respuesta es negativa cual sería el argumento jurídico?”.

El artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 señala el momento en que se debe dar su apertura, al Sobre No. 2 que contiene la oferta económica en los siguientes términos:

[...]Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. *Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad (Cursiva fuera de texto).*

Conforme lo señalado, la apertura del Sobre No.2 que contiene la oferta será en la audiencia efectiva de adjudicación y, siendo público los “interesados” pueden solicitar copia o consulta de su contenido. Ahora bien, este aspecto, fue regulado expresamente en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en donde se dispone sobre su custodia y apertura. Además, en el documento se señala que en la apertura del sobre No. 2, la entidad “permitirá tomar fotos a la oferta económica, si así lo solicita cualquier proponente la entidad permitirá tomar fotos a las ofertas económicas, cuando lo solicite cualquier proponente”.

- v) “Según conceptos de Colombia Compra Eficiente, si un socio de una SAS se retira de la SAS, su experiencia no la hereda la empresa que abandona. En ese orden de ideas, si la SAS sigue usando esta experiencia dada por el socio que ya no pertenece a la SAS, sería información inexacta? Si la respuesta es negativa, cual sería el argumento técnico o jurídico? Si tanto la SAS y el ex socio participan en un mismo proceso de licitación, se podría



considerar que existe alguna inhabilidad de la SAS y del ex socio?"

En relación con la experiencia, el Manual sobre requisitos habilitantes en procesos de contratación, se centra en su carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar.

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Finalmente, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes para evaluar las figuras y reformas estatutarias de las sociedades comerciales, respecto de la experiencia:

i) La experiencia es *personal*, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede *compartir*, sin que implique que la que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales– que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede *transferir*, y esto es diferente a compartir, lo que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita la experiencia como propia, como sucede con algunas figuras y reformas estatutarias como la transformación, fusión o escisión.



iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero –que es otra persona diferente a la principal– sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, cuando la persona que adquirió la experiencia *desaparece* o se liquida no es posible que comparta o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió.

Ahora bien, en relación con la pregunta de su solicitud, en la que indica que, “Según conceptos de Colombia Compra Eficiente, si un socio de una SAS se retira de la SAS, su experiencia no la hereda la empresa que abandona”. Sobre el particular le informamos que, la parte final del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede entenderse como una medida de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas –con menos de 3 años de constitución– puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes.

A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

En este sentido, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el



contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Finalmente, el Decreto 1082 de 2015 dispone que una sociedad con menos de tres años de constituida puede aportar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes. Por tanto, si se pierde esta calidad, como sucedería cuando un socio se retira por venta o cesión de su participación y pierde su calidad de socio, con el fin de evitar prácticas corruptas o que atenten contra la transparencia en la contratación estatal, la experiencia aportada por quien se retira no deberá ser tomada en cuenta por las entidades estatales, y no debería ser utilizada por el proponente en procesos de contratación, ya que es inherente a la persona que la ha obtenido. En consecuencia, el proponente debería actualizar la experiencia en el RUP, actuando de buena fe en el proceso de contratación.

De igual forma, lo anterior se fundamenta como se explicó en líneas atrás, en el carácter personalísimo de la experiencia respecto de la persona que la ha adquirido y que solo en casos excepcionales y por disposición legal o reglamentaria se presume de otra forma. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de un proponente a otro, excepto cuando una sociedad es de reciente creación. En ese sentido si el socio se retira de la sociedad por venta o cesión de su participación accionaria, no puede vender o ceder su experiencia para que el adquirente o cesionario de la participación accionaria la aporte a la sociedad.

Ahora bien, atendiendo a lo consultado en la petición, le indicamos que le asiste a la Entidad Estatal verificar la veracidad de la información suministrada por el proponente para evitar vicios en la adjudicación y en el contrato le asiste sobre la documentación que este aporta para acreditar sus requisitos habilitantes y de calificación o ponderables, en ese orden de ideas, si de la información con la cual el proponente se habilita se le otorga puntaje en el Proceso de Contratación se encuentran o se avizoran inconsistencias, resulta absolutamente necesario, para evitar cualquier asomo de duda al respecto, que las entidades estatales establezcan las causales que dan lugar al rechazo de las ofertas, tal como lo ordena el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, y dentro de



ellas contemplen la procedencia del descarte de aquellas ofertas que contengan información inexacta o que no pueda ser verificada, así como aquella que espuria o comprobadamente falsa, pues ello pone en cabeza de estas tanto la potestad como el deber antes mencionados de corroborar la información que se presenta en las ofertas cuando lo considere necesario o sea fácticamente procedente.

- vi) Si tanto la SAS y el ex socio participan en un mismo proceso de licitación, se podría considerar que existe alguna inhabilidad de la SAS y del ex socio?".

La inhabilidad contenida en el literal h), numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 toma como base ciertas relaciones de consanguinidad o afinidad para limitar la capacidad de ciertos sujetos de derecho con el objetivo de preservar ciertos principios constitucionales y el interés general. No obstante, esta inhabilidad, como todas las demás contenidas en el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada, según se explicó, de manera restrictiva y no es posible hacer interpretaciones analógicas o finalistas con el objetivo de cobijar situaciones fáctico-jurídicas que no encuadran dentro del supuesto descrito en la norma.

Lo primero que debe resaltarse son los sujetos de derecho contemplados por esta inhabilidad, esto es, "las sociedades distintas de las anónimas abiertas". En virtud de la interpretación restrictiva, solamente se encuentran incluidas las sociedades, luego, ni personas naturales ni consorcios o uniones temporales ni otro tipo de personas jurídicas se encuadran en este literal; además se hace expresa exclusión de las sociedades anónimas abiertas.

Esta exclusión, frente algunas disposiciones del régimen de inhabilidades, lo ha dicho la Corte Constitucional al analizar una inhabilidad distinta, se relaciona con la imposibilidad de controlar "las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones". Las condiciones de análisis de estas circunstancias se establecerán en los pliegos de condiciones, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

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



Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Carlos Mario Castrillon Endo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Canfillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

