CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación

Las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se aplican tanto para los contratos como para los convenios en el marco de la Ley de Garantías Electorales. Sin embargo, esto no implica asumir que los contratos y los convenios sean figuras idénticas, sino simplemente que sus diferencias, en determinados casos, no resultan relevantes o determinantes para efectos de definir la aplicación de cierta normativa, como sucede con el alcance de la Ley 996 de 2005. De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración; sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los *contratos* –en general– comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio en una relación de carácter conmutativo, mientras que los *convenios* involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración, en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico

La tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES – Finalidad

[…] cuando por las características del objeto a contratar y con la finalidad de acreditar los aspectos necesarios para la escogencia del proponente, se requieran verificar requisitos o información adicional a los contenidos en el RUP, las entidades deben hacer la verificación de forma directa. Esto también sucede en los procedimientos de selección en los cuales no es exigible el RUP, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. En ambos supuestos, la Entidad Estatal, en el marco de la autonomía y la potestad de dirección que le asiste en los procesos de contratación que adelanta, debe establecer en los Documentos del Proceso –particularmente en el pliego de condiciones o la invitación– los documentos o instrumentos que exigirá a los proponentes para acreditar las circunstancias necesarias.

CLASIFICADOR DE BIENES Y SERVICIOS DE LAS NACIONES UNIDAS – Normativa

La clasificación tiene que ver con los bienes y servicios con los que se relaciona la experiencia del proponente. Este asunto es relevante para el registro, en la medida en que, existiendo una gran variedad de bienes y servicios, así como un gran número de proponentes con experiencia para suministrarlos, el legislador estimó necesario que el RUP incorporara una clasificación a efectos de racionalizar la información. De esta manera, el Decreto 1082 de 2015, al reglamentar la contratación pública, el RUP y la clasificación de la experiencia, implementó el Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas –UNSPSC–, lo cual se refleja en diferentes partes de su articulado.

Por un lado, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define el Clasificador de Bienes y Servicios como el “Sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC”. A su vez, la “Guía para la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas, V.14.080”, establece que “The United Nations Standard Products and Services Code® - UNSPSC - Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas, es una metodología uniforme de codificación utilizada para clasificar productos y servicios fundamentada en un arreglo jerárquico y en una estructura lógica”. La principal utilidad de este sistema de clasificación es codificar productos y servicios de forma clara ya que “se basa en estándares acordados por la industria los cuales facilitan el comercio entre empresas y gobierno”

OFERTA – Irrevocabilidad de la oferta – Entidades de régimen especial – Manual de Contratación

De conformidad con él, anteriormente mencionado, artículo 846 del Código de Comercio, la oferta o propuesta es irrevocable, por lo que una vez presentada el proponente no puede retractarse. Sin perder de vista este precepto legal, debe aclararse que, para el caso de las entidades con régimen especial, en el evento en que éstas adelantan sus procesos de contratación, la oferta no es obligatoria. Sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación, es precisamente a través de los referidos manuales de contratación de cada entidad en donde se encontrará las particularidades sobre la vinculatoriedad de la oferta, es decir, las ofertas se evaluarán conforme a lo reglado en el manual de contratación de la entidad.

Es imperante aclarar que el manual de contratación de las entidades de régimen especial y exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

DOCUMENTOS TÉCNICOS ADICIONALES – Exigencias técnicas – Lex artis

El referido "Anexo 1- Anexo Técnico" describe el contenido mínimo que debe considerar la entidad estatal durante la estructuración del proceso, sin perjuicio de que se requieran aspectos adicionales, acordes con el alcance y magnitud de las obras contenidos en otros documentos.

Así pues, en cuanto a los requisitos y la determinación de las exigencias técnicas, y bajo la noción de lex artis, entendida esta como "un contenido ético y técnico científico que dirige la labor, la cual tiene especial trascendencia social y que está marcada por la autonomía" corresponderá a cada entidad estatal, como estructuradora del proceso de contratación y a su personal técnico, definir las condiciones y especificaciones sobre las exigencias técnicas y los documentos técnicos adicionales, siempre observando los preceptos del Estatuto General de Contratación de la Administración pública -EGCA- y, de ser aplicables, los requisitos definidos en los Documentos Tipo.

EXPERIENCIA – Acreditación experiencia – Socios – Sociedades con menos de 3 años de constitución – Proceso de mínima cuantía – Exceptuados – Registro único de proponentes

Así las cosas, frente a la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de una persona jurídica con menos de 3 años de constitución, para participar en los eventos exceptuados al deber de inscripción en el RUP, como los procesos de selección de mínima cuantía, la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídica, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

CERTIFICACIONES DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE CALIDAD – No se pueden exigir como requisito habilitante o puntuable – Entidades de régimen especial

Ahora bien, partiendo de que las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación. La prohibición prevista en el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 no se aplica de manera directa sobre las entidades de régimen especial, precisamente debe observarse las disposiciones consagradas en el mencionado manual de contratación de cada entidad.

Bogotá D.C., 14 de agosto de 2023

Compartido por:
BeltránPardo Abogados & Asociados

Agencia Nacional de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230814008687
Anexos: Si Con copia: No
Fecha: 14/08/2023 18:54:43

Colombia COMPRA EFICIENTE
Agencia Nacional de Contratación Pública

Señor
Andrés Eduardo Salcedo Camacho
andressc94@gmail.com
Bogotá D.C.

Concepto C – 308 de 2023

Temas: CONTRATOS Y CONVENIOS – Semejanzas – Diferencias – Contraprestación – Cooperación / CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables / REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES – Finalidad / CLASIFICADOR DE BIENES Y SERVICIOS DE LAS NACIONES UNIDAS – Normativa / OFERTA – Irrevocabilidad de la oferta – Entidades de régimen especial – Manual de Contratación / DOCUMENTOS TÉCNICOS ADICIONALES – Exigencias técnicas – Lex artis / EXPERIENCIA – Acreditación experiencia – Socios – Sociedades con menos de 3 años de constitución – Proceso de mínima cuantía – Exceptuados – Registro único de proponentes / CERTIFICACIONES DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE CALIDAD – No se pueden exigir como requisito habilitante o puntuable – Entidades de régimen especial

Radicación: Respuesta a consulta P20230609012246

Respetado señor Salcedo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 9 de junio de 2023.

1. Problemas planteados

De acuerdo con el marco normativo para la celebración de contratos y convenios interadministrativos y el principio de selección objetiva, entre otros temas generales derivados del régimen de contratación estatal, usted realiza las siguientes preguntas:

> "1. ¿Existe alguna diferencia entre un convenio interadministrativo y un contrato interadministrativo?
>
> 2. ¿Qué requisitos deben cumplir las entidades para celebrar contratos y convenios interadministrativos? ¿En que normas se encuentran regulados estos requisitos?
>
> 3. ¿Cómo garantizar la pluralidad de oferentes y el principio de selección objetiva cuando se celebran contratos y convenios interadministrativos?
>
> ¿Cómo evitar que los contratos y convenios interadministrativos sean usados para eludir los procesos de selección objetiva, tales como la licitación, selección abreviada, mínima cuantía, entre otros?
>
> 4. ¿Es válido que las entidades públicas restrinjan la participación de oferentes al exigir que los contratos registrados en el RUP tengan determinados códigos UNSPSC, aun cuando al mismo tiempo la entidad pida certificaciones de experiencia de dichos contratos, donde podrá validar de forma adecuada el objeto de los contratos aportados por el oferente y, por ende, la idoneidad de dicha experiencia?
>
> […]
>
> 6. En caso de entidades con regímenes especiales de contratación ¿La presentación de la oferta por parte del oferente es vinculante para la entidad?
>
> ¿Es obligatorio que este tipo de entidades con régimen especial adjudiquen procesos de contratación una vez recibidas las ofertas?
>
> […]
>
> 8. ¿Qué requisitos deben cumplir las entidades para justificar las exigencias técnicas dentro de un proceso de contratación?
>
> 9. ¿En qué momento determinada exigencia técnica sobre un producto o servicio vulnera el principio de pluralidad de oferentes o de selección objetiva?

10. En virtud de los conceptos de Colombia Compra Eficiente sobre la posibilidad de seguir utilizando la experiencia registrada en el RUP de un oferente a través de sus socios, aun cuando hayan pasado más de tres años de constitución, ¿Es viable que la experiencia de los socios, aun cuando la empresa haya cumplido más de tres años de constitución, pueda ser utilizada por el oferente en procesos de mínima cuantía donde no se exija el RUP?

11. ¿Las entidades con régimen especial de contratación pueden solicitar como requisito habilitante o ponderable certificaciones de calidad, aun cuando dicha exigencia esté prohibida de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007?".

2. Consideraciones

De acuerdo con las facultades otorgadas por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para "absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general"[1]. Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública, así las cosas, en esta respuesta nos centraremos en la explicación normativa alrededor de su consulta.

De igual forma, es pertinente aclarar que mediante el radicado de salida número RS20230615006162 del 15 de junio de 2023 esta Subdirección resolvió, como falta de competencia la pregunta número cinco (5) de su consulta, a saber: "5. ¿Cuál es el medio de control administrativo y la vía judicial idónea para demandar actos de adjudicación proferidos por entidades con régimen especial de contratación?"

Por otro lado, en lo que atañe a las preguntas siete (7) y quince (15) de su consulta, las mismas fueron resueltas por la Subdirección de Negocios de esta Agencia mediante el radicado P20230609012246 del 25 de julio de 2023, la mencionada respuesta se adjunta al presente documento en formato PDF. Para visualizar los anexos se recomienda utilizar un aplicativo de visualización de PDF como Adobe Reader que permite la descarga de los archivos anexos. Si presenta inconvenientes para ver los anexos, en el siguiente enlace podrá ver el instructivo:

1 "Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:
[...] 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.
"Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes: [...] 8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general".

https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/infografias/instructivo-para-visualizar-anexos-en-un-archivo-pdf

Una vez realizada la anterior aclaración, para responder los problemas planteados se abordarán los siguientes temas: i) análisis de la figura de los contratos y convenios en el ordenamiento colombiano, ii) principio de selección objetiva en la contratación estatal, iii) incorporación normativa del Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas en la contratación pública – apreciaciones frente al RUP iv) Irrevocabilidad de la oferta, v) Documentos técnicos adicionales, vi) Acreditación de experiencia en las excepciones al RUP, el caso de la mínima cuantía y vii) Certificaciones de sistemas de gestión de calidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los Conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1° de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, analizó el régimen de los contratos y los convenios. Por otra parte, analizó el principio de selección objetiva en los Conceptos No: 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, las cuales se unificaron en el Concepto CU–060 del 24 de febrero de 2020, que se reitera, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-634 de 21 de noviembre de 2020, C–779 del 18 de enero de 2021, C–802 del 1 de febrero de 2021, C–010 del 16 de febrero de 2021, C–217 del 14 de mayo de 2021, C–250 del 2 de junio de 2021, C-728 de 26 de enero de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022 y C-170 del 20 de junio de 2023.

Además, esta Agencia se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre uso del Clasificador de Bienes y Servicios de Naciones Unidas en los conceptos con radicado 2201913000006036 del 20 de agosto de 2019, 2201913000007322 del 2 de octubre de 2019, 2201913000007496 del 7 de octubre de 2020, 2201913000008870 del 2 de diciembre de 2019, 2201913000009643 del 26 de diciembre de 2019, C-052 del 18 de marzo de 2020, C-017 del 22 de febrero de 2020, C- 522 del 1 de octubre de 2021, C-760 del 8 de febrero de 2022, C-223 del 25 de abril de 2022, C-319 del 16 de mayo de 2022, entre otros. De igual forma esta Agencia se ha pronunciado sobre el alcance del numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 en los conceptos C-025 del 16 de marzo de 2020, C-051 del 2 de marzo de 2020, C-165 del 1 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-407 de 12 de junio de 2020, C-398 de 30 de junio de 2020, C-470 del 14 de julio de 2020, C-511 del 18 de agosto de 2020, C-584 de 31 de agosto 2020, C-619 de 21 de septiembre 2020, C-710 del 9 de diciembre de 2020, C-717 del

10 de diciembre de 2020, C-729 del 11 de diciembre de 2020, C-008 del 15 de febrero de 2021, C-103 del 24 de marzo del 2021, C-140 del 9 de abril del 2021, C-230 del 25 de mayo de 2021, C-249 del 1 de junio de 2021, C-278 del 10 de junio de 2021, C-318 del 1 de julio de 2022, C-326 del 2 de julio de 2021, C-660 del 22 diciembre de 2021, C-034 del 2 de marzo de 2022, C-144 del 28 de marzo de 2022 y C-239 del 26 de abril de 2022, C-319 del 19 de mayo 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-517 del 11 de agosto de 2022 y C-580 de 2022[2]. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente de acuerdo con las preguntas realizadas.

2.1. Análisis de la figura de los contratos y los convenios en el ordenamiento colombiano

En primer lugar, corresponde a esta Agencia precisar la diferencia conceptual existente entre los convenios y los contratos administrativos, con el fin de aclarar su posición al respecto. Lo anterior, ante la advertencia de aparentes divergencias entre los criterios interpretativos expresados en conceptos anteriores emitidos por esta Subdirección. En efecto, esta Agencia, en múltiples ocasiones, ha sostenido, al referirse a las diferencias entre los contratos y convenios, que ambas figuras resultan "equivalentes", dado que en el régimen normativo de la contratación estatal no existen mayores diferencias entre ellas. Por ejemplo, en el Concepto C-608 del 23 de septiembre de 2022, se expresó lo siguiente:

> "Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes".

Sin embargo, cabe aclarar que la equivalencia a la cual se hizo referencia en el concepto mencionado debe entenderse en el sentido de que las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se aplican tanto para los contratos como para los convenios en el marco de la Ley de Garantías Electorales. Sin embargo, esto no implica asumir que los contratos y los convenios sean figuras idénticas, sino simplemente que sus diferencias,

[2] Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos.

en determinados casos, no resultan relevantes o determinantes para efectos de definir la aplicación de cierta normativa, como sucede con el alcance de la Ley 996 de 2005. De hecho, la distinción también se plantea en el ámbito del derecho privado con la referencia a los contratos de contraprestación y de colaboración[3]; sin embargo, también se rigen por unos principios comunes, pues se forman por el consentimiento y de ambos se derivan el nacimiento de obligaciones para las partes. Por ello, "[…] Es evidente que el hecho de que las partes tengan intereses concordantes no implica en modo alguno que estas relaciones no quepan en el campo de la contratación […]"[4].

En otras palabras, lo que se ha querido significar con la supuesta equivalencia entre convenio y contrato es que, si bien son institutos distintos desde el punto de vista conceptual, sus diferencias, bajo ciertas circunstancias, no resultan relevantes para aplicar determinada norma o derivar de ellos ciertos efectos. Lo anterior se corrobora con el hecho de que, inclusive, en los conceptos emitidos por esta Agencia relativos a la aplicación de la Ley de Garantías y en los que se adujo la denominada "equivalencia" se advirtió que, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, se han hecho diferenciaciones conceptuales entre las dos figuras comentadas.

En este contexto, existen algunos supuestos bajo las cuales las diferencias entre las características propias de los contratos y convenios definen la aplicación o inaplicación de ciertas normas, ante lo cual no podrán verse como "equivalentes" sino como instituciones negociales disímiles, aunque, indudablemente, con algunos atributos comunes. En otras palabras, diferenciar entre los conceptos de convenio y contrato, así como establecer con precisión las características y elementos esenciales de cada uno, resulta necesario de cara a definir la aplicación de ciertas figuras contractuales y normativas a cada uno de ellos.

---

[3] Por ejemplo, Peña Nossa estima que "La noción tradicional de contrato restringe su aplicación a los actos jurídicos de contraprestación, esto es, aquellos en los que solo existen dos partes, dos manifestaciones de voluntad, con intereses distintos y opuestos, en donde las obligaciones de las partes son interdependientes, esto es, en donde el objeto de la obligación de una de las partes es causa de la obligación de la otra. Como ejemplo de este tipo de actos tenemos la compraventa y el arrendamiento.

Una concepción moderna señala que el contrato no solo recoge relaciones jurídicas de contraprestación, debido a la existencia de actos o negocios jurídicos complejos o de colaboración en los que pueden intervenir más de dos partes, que persiguen intereses comunes y por tanto colaboran en su realización. Aquí, a diferencia de lo que sucede en los actos de contraprestación, las obligaciones de las partes son autónomas e independientes, por lo que el incumplimiento de una de ellas no afecta las obligaciones de las demás, y también difiere porque la nulidad que se pronuncie con relación a una de las partes no involucra a las demás ni afecta la validez del negocio jurídico, salvo que la nulidad sea esencial para la consecución del objeto (C. de Co., art. 903). Como ejemplo de este tipo de actos tenemos el contrato de sociedad, las uniones temporales, el contrato de *joint venture,* etc." (Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Quinta edición. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014. Libro electrónico en formato EPUB. En el mismo sentido, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil. Tomo I. Decimotercera edición. Bogotá: Legis, 2012. pp. 89-91).

[4] PLANIOL, Marcel & RIPERT, Jeorge. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VI. La Habana: Cultural SA, 1940. P. 24.

Este ejercicio hermenéutico ha sido realizado por esta Subdirección en múltiples conceptos en los que ha analizado la aplicación de algunas figuras en relación con los contratos y convenios interadministrativos. Así, por ejemplo, en el C-168 del 14 de abril de 2021 se indicaron las diferencias entre los convenios y contratos a efectos de concluir la improcedencia de la liquidación unilateral en los primeros. De igual forma, esta escisión conceptual se planteó en el Concepto C-664 del 1° de septiembre de 2022, a través del cual se concluyó que el límite de la adición del valor inicial no es aplicable a los convenios que carecen de contenido patrimonial y que no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La argumentación planteada en este último concepto se reitera y complementa a continuación con el fin de aclarar la posición de esta Agencia frente a la materia en cuestión. Actualmente, la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, puede entenderse que cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Además, el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que dichos acuerdos no están exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que para efectos de la modalidad de contratación representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al aplicar el derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia recientes han resaltado las diferencias entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente:

> "La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación

de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)".[5]

En línea con lo anterior, la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 también señaló:

> "La Sala de Consulta y Servicio Civil[6] de esta Corporación se ha referido a los *"convenios interadministrativos"* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *"puros"* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *"intercambio patrimonial"*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[7] había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *"verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)"*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).
>
> Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *"convenios interadministrativos"* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales"[8].[9]

En esta ocasión la referida corporación judicial resaltó la finalidad del acuerdo de voluntades como un factor de diferenciación entre las dos figuras. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los *contratos* –en general–

---

[5] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas.

[6] [Referencia propia de la cita] "CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar".

[7] [Referencia propia de la cita] "CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *"obligacional"* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto".

[8] [Referencia propia de la cita] "La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. Del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *"contratos interadministrativos"* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93".

[9] En sentido similar ver, entre otras, al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 2021, Rad. 65978, M.P. Martha Nubia Velásquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de abril de 2021, Rad. 49148, M.P. María Adriana Marín; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Rad. 66756, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 30 de septiembre de 2020, Rad. 65358, M.P. Guillermo Sánchez Luque.

comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio en una relación de carácter conmutativo, mientras que los *convenios* involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración[10], en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

Mientras que en el *contrato* las finalidades de las partes divergen, en el *convenio* convergen y cooperan en función del cumplimiento eficiente de un propósito estatal común superior. En esa línea, una interpretación sistemática de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 invitaría a considerar el contrato administrativo como una relación jurídica patrimonial, onerosa y conmutativa, en la que existen unas exigencias y restricciones normativas adicionales, de manera que, en efecto, dista de la naturaleza y esencia del convenio interadministrativo.

Esta diferencia está mucho más apuntalada en el derecho español de acuerdo con el artículo 47.1 de la Ley 40 de 2015, la cual regula el régimen jurídico del sector público[11]. Por ello, la doctrina extrajera también estima que: "De la figura del "contrato" se diferencia la del "convenio". Mientras el núcleo característico del "contrato" es el contenido económico de las obligaciones que asumen las partes que lo celebran, el "convenio" tiene por objeto el desarrollo de una actividad de colaboración interadministrativa. El convenio tiene una función esencialmente organizatoria, o de promoción y fomento de actividades públicas y privadas; de forma indirecta el convenio puede tener efectos económicos, pero el fundamento de la celebración del convenio es la colaboración entre dos personas".[12]

En suma, el *convenio* es un negocio jurídico cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común y, por

---

[10] Sobre el particular, en ocasiones el Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en que se pacte remuneración en el marco de un convenio interadministrativo, independientemente de la denominación que se adopte, el negocio jurídico podría no corresponder a su naturaleza y en consecuencia a sus efectos jurídicos. A juicio de esta corporación "en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica", de manera que indudablemente les será aplicable el EGCAP. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

[11] La norma dispone que "Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público".

[12] BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 39.

tanto, tienen intereses convergentes o coincidentes, sin que se reciba por alguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. Por su parte, el *contrato* es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden estas con diversidad de intereses y en ellos existe una contraprestación directa a favor de la entidad contratista que ha entregado el bien o prestado el servicio o realizado la obra a favor de la entidad contratante.

De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[13] haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

> "[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.
>
> Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no"*. (Cursiva fuera del texto original)

A juicio de la citada sala si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las entidades estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto.

---

[13] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas.

En ese orden, por ejemplo, no serán aplicables, en principio, para los convenios, las cláusulas excepcionales al derecho común[14] y tampoco sería procedente la inclusión de figuras contractuales como liquidación unilateral[15]. En todo caso, siguiendo la senda interpretativa expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto que acaba de citarse, la aplicación o inaplicación de estas y otras instituciones contractuales deberá definirse al analizar el contenido preciso de cada convenio celebrado y tal cuestión no puede concluirse *a priori* o de manera automática.

Esto por cuanto, por una parte, el carácter de convenio administrativo no se deriva de su simple denominación como tal, sino de que el acuerdo de voluntades respectivo cumpla a cabalidad con las características que la normativa, la jurisprudencia y la doctrina le han atribuido y que han sido explicados en este concepto[16]. Así, aun si el negocio jurídico de que se trate se suscriba bajo la denominación de "convenio interadministrativo" o algo similar, pero de la lectura de sus cláusulas se concluya una relación conmutativa y claramente onerosa entre las partes y se nota ausente la finalidad asociativa o colaborativa entre las entidades suscribientes, entonces, tal acuerdo no podría corresponder a la figura de convenio por carecer de sus elementos esenciales. En ese sentido, en tal caso, será distinto el análisis sobre la aplicación de institutos como la liquidación unilateral y de las demás figuras contractuales que se analicen en determinado caso. Además, para efectos de definir si la respectiva figura es o no aplicable al convenio, habrá que determinar si la misma es o no compatible con la naturaleza y contenido de dicho negocio jurídico, es decir, si es acorde con su finalidad asociativa, su carácter no oneroso o la ausencia de un objeto o finalidad patrimonial.

---

[14] Si bien el parágrafo de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se deberá prescindir de las cláusulas excepcionales en los 'contratos interadministrativos', el Consejo de Estado ha señalado que tal disposición aplica indiscutiblemente para los convenios, pero, para el caso de los contratos administrativos "dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie*". De hecho, se ha referido en concreto a la procedencia de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, *ibídem*). Cfr. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. "Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos". Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 19.

[15] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 05 de febrero de 2021, rad. 25000-23-26-000-2011-00144-01(49792), M.P. María Adriana Marín. Esta posición fue acogida por esta Subdirección a través del Concepto C-168 del 29 de abril de 2021.

[16] Para estos efectos, más que en el objeto, la doctrina establece la diferencia entre contrato y convenio de acuerdo con la causa que impulsa la celebración del negocio jurídico. Por ello, explica que "[…] De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendría convencional cuando, aun coincidiendo con el objeto de alguno de los contratos regulados en la LCSP, la Administraciones Públicas intervinientes los celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común […] que, además, por su propia naturaleza, debe ser de interés público; mientras que un negocio jurídico tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga una finalidad prevalentemente patrimonial. Este […] debía ser el único criterio distintivo entre ambas figuras y determinante, por tanto, de su naturaleza jurídica […]" (Cfr. SANTIAGO IGLESIAS, Diana. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos. En: Tratado de los contratos del sector público. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 627).

Conforme se ha venido explicando, y en relación con el criterio orgánico de los contratos y convenios interadministrativos, la tipología del contrato o convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, y el Decreto 1082 de 2015 la califica como aquella contratación entre entidades estatales[17]. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[18]. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-671 de 2015, expresó que "Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual

[17] Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.
Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales".

[18] Ley 1150 de 2007: "Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".

formen parte de la administración pública". Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

> "[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales"[19].

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras

[19] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Conforme a lo anterior, y superando el tema de que la modalidad de selección, por regla general, aplicable a los contratos y convenios interadministrativos es la contratación directa, pero que esta puede diferir en algunos procesos y permitir la celebración a través de otra modalidad donde sea posible la participación de pluralidad de oferentes, y reiterando que el factor orgánico de la calidad de las partes, entidades estatales, es el factor fundamental para la existencia de estos convenios y contratos. Conviene mencionar ejemplos en los cuales, por disposición legal, es posible la concurrencia de pluralidad de oferentes de cara a la celebración de convenios y contratos interadministrativos, un ejemplo claro son los contratos y convenios celebrados en el marco de las asociaciones conformadas por entidades territoriales previsto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, allí la referida Ley dispone que: "La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares" otro ejemplo, ya mencionado previamente, es el que se refiere a los contratos de obra y suministro, y demás, previstos en el tercer inciso del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011[20] esta norma refiere de manera expresa: "Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. En suma, esta Agencia aclara su postura interpretativa en el sentido de que, si bien tanto los contratos como convenios comparten características comunes, difieren en cuanto a ciertos aspectos esenciales, según lo ha venido señalando el Consejo de Estado. Así, mientras que el *contrato administrativo* se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los *convenios administrativos*, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos

[20] Artículo 92. "[…] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional.

Por lo tanto, se da el alcance debido a las manifestaciones anteriores de esta Subdirección en las que se expresó que contratos y convenios administrativos son figuras "equivalentes", en la medida en que dicha equiparación hace referencia a la existencia de eventos en los que las distinciones conceptuales entre dichos negocios jurídicos resultan indiferentes para definir la aplicación de cierta norma o figura contractual. Sin embargo, esto no implica desconocer que ambos cuentan con elementos que los diferencian y distinguen, y que, en determinados casos, sí pueden resultar relevantes y determinantes para definir el régimen normativo aplicable a uno y otro negocio jurídico.

2.2. Principio de selección objetiva en la contratación estatal

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[21], en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, enunciado normativo en el que se lee:

> "Artículo 5o. 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

[21] Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: "La selección de contratistas será objetiva.
Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.
Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación".
El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.
En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización".

consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

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

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

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

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

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

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.
En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares".

De acuerdo con esta norma y conforme con lo expresado en el concepto C–166 del 23 de abril de 2021, puede decirse que el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el "[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]". Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar, de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[22]. Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes, haciendo que estos se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta, comparativamente, más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. El numeral segundo de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes, que permiten la comparación de ofertas. Este numeral segundo se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante *puntajes o fórmulas*, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación *costo-beneficio* para la entidad.

En síntesis, el deber de selección objetiva supone que la Entidad Estatal escoja en los procesos de selección el "[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]". Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable.

Igualmente, ha señalado que "el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la

[22] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355.

contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos"[23].

2.3. Incorporación normativa del Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas en la contratación pública

Es menester de esta Agencia, en aras de abordar de manera completa la consulta pertinente planteada, abordar de manera previa la temática referente a la acreditación de experiencia contenida en el Registro Único de Proponentes -RUP-, entendido este como el instrumento en el que consta la información relacionada con las personas naturales y jurídicas, con el fin de que puedan participar en los procedimientos de contratación realizados por las entidades estatales, tiene por objeto contemplar en un único documento lo relativo a la capacidad jurídica, técnica, financiera y organizacional de los posibles proponentes. El Consejo de Estado definió la naturaleza y finalidad del RUP de la siguiente forma:

> "El Registro de Proponentes es un registro de creación legal en el cual se inscriben las personas naturales o jurídicas que aspiran a celebrar con entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles. Tiene como finalidad suministrar la información necesaria de un contratista inscrito, en lo relacionado con su experiencia, capacidad jurídica, capacidad técnica, capacidad de organización y capacidad financiera. En los términos del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar dichos contratos con las entidades estatales, deberán inscribirse en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas según lo dispuesto en esta norma"[24].

El artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el RUP es plena prueba de la información que contiene[25]. Por su parte, el artículo 5.1 *ibidem*, al fijar los criterios que deben

[23] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[24] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 6 de junio de 2013. Exp. 25151. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

[25] Ley 1150 de 2007: "Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes.
[…]

tener en cuenta las entidades estatales para garantizar la selección objetiva, indica que las Cámaras de Comercio verificarán la información suministrada por las personas naturales o jurídicas para la inscripción en el Registro. Esta información debe tenerse en cuenta por las entidades en los procedimientos de contratación en los que es exigible el RUP[26]. De esta forma, la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes deberán ser verificadas exclusivamente a través del RUP, pues de acuerdo con lo expuesto, este documento es plena prueba de la información financiera, de experiencia y de capacidad acreditada por la persona natural o jurídica[27].

Ahora bien, el inciso 1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[28], al regular los sujetos que deben inscribirse en el RUP, señaló que deben hacerlo las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que tengan domicilio o sucursal en el país. Estas personas tienen la obligación de registrarse en el RUP, en dos casos: a) pretendan celebrar contratos estatales y b) el procedimiento de contratación sea de aquellos en los cuales no se exceptúa el RUP, de

---

"6.1. […]
"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.
[…]".

[26] Ley 1150 de 2007: "Artículo 5. De la selección objetiva.
[…]
"1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
[…]".

[27] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Exp. 31.753. C.P. Mauricio Fajardo Gómez: "El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como "plena prueba" de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio según se observa de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 1150".

[28] 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.
[...]".

acuerdo con el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[29]. En síntesis, se tiene que la obligación de inscribirse en el RUP es extensible a toda persona natural o jurídica, interesada en participar en un Proceso de Contratación estatal, cuando este no esté exceptuado de esta obligación, conforme con lo previsto en el inciso 2 del artículo antes citado.

En el mismo sentido, el Decreto 1082 de 2015 dispone quiénes deben inscribirse en el RUP, el momento de la renovación del registro, la información que puede actualizarse, y la posibilidad de solicitar la cancelación de la inscripción, en cualquier momento ante la Cámara de Comercio correspondiente[30].

Conforme a lo anterior, el RUP constituye plena prueba de las circunstancias que consten en él y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio, por lo cual es a través de este documento, en los casos en que es exigible, que las entidades estatales deben verificar las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es decir, los requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección. En contraste, cuando por las características del objeto a contratar y con la finalidad de acreditar los aspectos necesarios para la escogencia del proponente, se requieran verificar requisitos o información adicional a los contenidos en el RUP, las entidades deben hacer la verificación de forma directa. Esto también sucede en los procedimientos de selección en los cuales no es exigible el RUP, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[31]. En ambos supuestos, la Entidad Estatal, en el marco de la autonomía y la potestad de dirección que le asiste en los procesos de contratación que adelanta, debe establecer en los Documentos del Proceso –

---

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

[30] Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las Entidades Estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

"La persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año. De lo contrario cesan los efectos del RUP. La persona inscrita en el RUP puede actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento.

"Los inscritos en el RUP pueden en cualquier momento solicitar a la cámara de comercio cancelar su inscripción".

[31] Como se señaló, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 impuso la obligación a todos los proponentes de inscribirse en el Registro Único de Proponente, salvo en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

particularmente en el pliego de condiciones o la invitación– los documentos o instrumentos que exigirá a los proponentes para acreditar las circunstancias necesarias.

Visto lo anterior, las normas de contratación estatal establecen que las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que deseen celebrar contratos estatales deberán estar inscritos en el RUP[32]. De acuerdo con esto, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, al determinar la información contenida en el RUP, dispone que en el registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, así como su *clasificación*[33].

La clasificación tiene que ver con los bienes y servicios con los que se relaciona la experiencia del proponente. Este asunto es relevante para el registro, en la medida en que, existiendo una gran variedad de bienes y servicios, así como un gran número de proponentes con experiencia para suministrarlos, el legislador estimó necesario que el RUP incorporara una clasificación a efectos de racionalizar la información. De esta manera, el Decreto 1082 de 2015, al reglamentar la contratación pública, el RUP y la clasificación de la experiencia, implementó el Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas –UNSPSC–, lo cual se refleja en diferentes partes de su articulado.

---

[32] 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.

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

"En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación[…]". (Subrayas fuera del texto).

[33] Debe precisarse que, a pesar de que el RUP es la regla general, de conformidad con el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, este no es exigible en todos los procesos de contratación. Al respecto ha manifestado esta Subdirección: "No obstante lo anterior, el RUP no es exigible en algunos procedimientos de selección, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, razón por la cual las entidades estatales deben verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes". Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-052 del 18 de marzo de 2020. Radicado de entrada No. 4202012000000208. Radicado de salida No. 2202013000002051.

Por un lado, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 define el Clasificador de Bienes y Servicios como el "Sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC". A su vez, la "Guía para la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas, V.14.080", establece que "The United Nations Standard Products and Services Code® - UNSPSC - Código Estándar de Productos y Servicios de Naciones Unidas, es una metodología uniforme de codificación utilizada para clasificar productos y servicios fundamentada en un arreglo jerárquico y en una estructura lógica". La principal utilidad de este sistema de clasificación es codificar productos y servicios de forma clara ya que "se basa en estándares acordados por la industria los cuales facilitan el comercio entre empresas y gobierno"[34].

Por otro lado, el artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, al desarrollar la información requerida para la inscripción, actualización y renovación del RUP, establece que los proponentes deben establecer los bienes y servicios que ofrecerán identificados Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel[35]. Asimismo, los numerales 1.2 y 2.5 de este artículo establecen que en los certificados de experiencia presentados para inscripción o actualización del RUP, los proponentes deben indicar en "cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel"[36].

---

[34] Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Guía para la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas, V.14.080. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_codificacion_bienes.pdf

[35] Específicamente, los numerales 1.1 y 2.1 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 consagran dentro de la información que se debe presentar para la inscripción en el registro los "Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel".

[36] Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización**.** El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:
"1. Si es una persona natural:
"1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.
"1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

[…]
"2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende

Conforme a lo anterior, la inscripción en el RUP, la valoración de la experiencia de los proponentes y el desarrollo de los procesos de contratación son ámbitos de la contratación estatal en los que se incorpora el uso del Clasificador de Bienes y Servicios para la mencionada contratación. La utilización de este clasificador es una medida que incrementa la eficiencia y la efectividad en procedimientos de selección y reduce los costos de crear y mantener un sistema de codificación individual, al estandarizar una codificación de amplia difusión y de generalizada aceptación, que permite a proveedores y compradores "hablar el mismo lenguaje" al integrar en un solo número el flujo total del proceso de adquisición[37].

La Circular Externa Única emitida por esta Agencia, señala que las entidades estatales no podrán rechazar las ofertas presentadas por oferentes que cumplan con los requisitos habilitantes exigidos, pese a que hubiesen incurrido en yerros frente a la identificación o inscripción del oferente en el código de clasificador de bienes y servicios del objeto del proceso de contratación, lo anterior debido a que como se expuso, el RUP contiene por una parte, la lista de bienes, obras y servicios que el proveedor está en capacidad de ofrecer a las Entidades Estatales, identificados con el Código de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Lo anterior, en vista de que, para esta agencia, la clasificación del proponente no es un requisito habilitante, sino un mecanismo para establecer un lenguaje común entre los partícipes del Sistema de Compra Pública.

Por lo tanto, las Entidades Estatales no pueden excluir a un proponente que ha acreditado los requisitos habilitantes exigidos en un Proceso de Contratación por no estar inscrito en el aparte de clasificación del RUP con el código de bienes, obras y servicios del objeto del Proceso de Contratación adelantado, es decir, por la información de clasificación del proponente, pero sí deben verificar que las condiciones de la experiencia corresponden a las exigencias previstas para el Proceso de Contratación.

2.4 Irrevocabilidad de la oferta

Corresponde ahora referirnos al carácter de irrevocabilidad de la oferta, Según el artículo 846 del Código de Comercio[38], la oferta o propuesta es irrevocable, por lo que una vez presentada el proponente no puede retractarse. El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en los

acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyente […]".

[37] Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. "Guía para la codificación de bienes y servicios de acuerdo con el código estándar de productos y servicios de Naciones Unidas, V.14.080". Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_codificacion_bienes.pdf

[38] Código de Comercio. Artículo 846: "La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

procesos de contratación estatal la propuesta presentada adquiere el carácter de seria e irrevocable:

> Así las cosas, encuentra la Sala que un proponente al presentarse en una licitación o concurso, además de sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, tiene la obligación de mantener las condiciones (legales, técnicas, financieras, económicas etc.) de la denominada propuesta básica, de responder y atender adecuada y oportunamente los requerimientos que formule la entidad licitante durante la etapa de evaluación, hasta la adjudicación y de suscribir y perfeccionar el contrato, cuando resulte adjudicatario del mismo, pues de lo contrario tendrá que indemnizar los perjuicios que se causen como consecuencia de la defraudación de la confianza de la administración en la seriedad de la oferta, los cuales se encuentran previamente cuantificados a título de sanción por el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin perjuicio de que la entidad pública licitante inicie las acciones legales para reclamar los perjuicios que excedan lo garantizado. ("deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"- artículo 863 del Código de Comercio).
>
> El derecho constitucional de la igualdad de los administrados en sus actuaciones ante la administración (Art. 13 C.P.), el principio de la buena fe que debe acompañar a los participantes en el proceso de licitación pública (Arts. 83 C.P.) así como el también principio de concurrencia que tiene por finalidad garantizar al Estado la escogencia de la oferta más favorable en términos técnicos y económico-financieros, hacen que quienes respondan con su propuesta a la invitación pública de contratación formulada por las entidades públicas, quedan obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de su presentación, pues a partir de allí, el interés colectivo ínsito en el proceso y el derecho de todos los intervinientes a la inalterabilidad de las reglas de juego, obligan a los proponentes a mantener sus propuestas y a la administración a considerarlas, examinarlas, evaluarlas, con el fin de garantizar y defender la unidad del procedimiento y evitar distorsiones en los resultados, que podrían llevar a que el contrato no se adjudicara a la propuesta más conveniente.
>
> Ahora bien, el hecho de que los proponentes que se encuentran participando en un proceso de licitación o concurso, queden obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de la presentación de su propuesta y por tanto no puedan jurídicamente retractarse o desistir de la misma, sirve de argumento principal para sustentar su **carácter de irrevocable**[39]. (Negrillas fuera de texto).

[39] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 2006-00031-00 (1732).

El carácter serio y vinculante del que está revestida la propuesta implica no solo que tenga que ser sostenida ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la formuló, sino que una vez presentada no pueda ser modificada o alterada, pues ello, además de ir en desmedro de su carácter serio, afecta o pone en situación de desventaja a los demás proponentes, en perjuicio de los principios de buena fe e igualdad.

Ahora bien, de conformidad con la consulta planteada, teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación, es precisamente a través de los referidos manuales de contratación de cada entidad en donde se encontrará las particularidades sobre la vinculatoriedad de la oferta, es decir, las ofertas se evaluarán conforme a lo reglado en el manual de contratación de la entidad.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y contratan con recursos públicos para lograrlo, no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual.

En síntesis, se debe tener en cuenta, en este punto, que el manual de contratación de las entidades de régimen especial y exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

2.5 Documentos técnicos adicionales

Ahora corresponde referirnos al “Anexo 1- Anexo Técnico” de los Documentos Tipo, sobre los documentos técnicos adicionales, en razón a las siguientes preguntas planteadas “¿Qué

requisitos deben cumplir las entidades para justificar las exigencias técnicas dentro de un proceso de contratación?" "¿En qué momento determinada exigencia técnica sobre un producto o servicio vulnera el principio de pluralidad de oferentes o de selección objetiva?".

Es menester aclarar, en primer lugar, que el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 otorgó a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia para adoptar los documentos tipo40. Asimismo, reiteró la obligatoriedad de su uso para todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP–. Esto implica que las autoridades deben implementar los documentos tipo que tengan por objeto las actividades contempladas en la "Matriz 1 – Experiencia", sin perjuicio de su "inalterabilidad". Lo anterior significa que las entidades públicas carecen de la facultad para modificarlos, con excepción de aquellos aspectos que pueden diligenciar, es decir, las descripciones que están incluidas entre corchetes y resaltadas en gris o cuya modificación sea permitida por los mismos documentos tipo.

Así, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, esta Agencia expidió las Resoluciones 248 y 249 del 1 de diciembre de 2020, modificadas por las Resoluciones 161 del 17 de junio de 2021, 173 del 30 de junio de 2021, 304 del 13 de octubre de 2021 y 275 de 2022 que empezó a regir a partir del 29 de agosto de 2022[41]. Mediante estos actos administrativos se

[40] El artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, el cual adiciona el parágrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y dispone que: "La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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

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

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

"En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente".

[41] Mediante la Resolución 161 del 17 de junio de 2021 se estandarizó la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a los procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo y se realizaron modificaciones a los documentos base, formatos y anexos de los documentos tipo. Igualmente, se expidió la Resolución 173 del 30 de junio de 2021 mediante la cual se modificaron las Matrices 1 – Experiencia de los documentos tipo del sector de agua potable y saneamiento básico y su implementación resulta obligatoria para los procesos de contratación cuyo aviso de convocatoria que se publique a partir del 12 de julio de 2021. Además, el pasado 13 de octubre se expidió la Resolución 304 del 2021, «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente», mediante

adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, en modalidad llave en mano, respectivamente.

Conforme a la aclaración anterior, los requisitos habilitantes y de ponderación fueron definidos por el Gobierno Nacional y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el "Documentos Base" de los Documentos Tipo. Las entidades estatales cuentan con autonomía para definir las condiciones y especificaciones para la ejecución del contrato en el "Anexo 1- Anexo Técnico", siempre que dichas condiciones y especificaciones no sean contrarias a los requisitos definidos en los Documentos Tipo.

El "Anexo 1 – Anexo Técnico" contiene condiciones y especificaciones de carácter técnico requeridas para la ejecución de la obra como: i) descripción del proyecto o la descripción de la obra actual o zona a intervenir, ii) principales actividades por ejecutar y su respectivo alcance, iii) plazo de ejecución, iv) forma de pago, v) materiales, vi) personal mínimo requerido, vii) maquinaria mínima, viii) fuentes de materiales, ix) obras provisionales, x) permisos, xi) licencias, xii) autorizaciones, entre otros. Así, le corresponde a la entidad estatal determinar esas condiciones y especificaciones en la etapa de planeación del respectivo proceso de contratación, pero son parámetros que el proponente para estructurar su oferta y que servirán de referente para la construcción de la obra.

De manera que este anexo describe el contenido mínimo que debe considerar la entidad estatal durante la estructuración del proceso, sin perjuicio de que se requieran aspectos adicionales, acordes con el alcance y magnitud de las obras contenidos en otros documentos. En estos eventos aplica el numeral 13 al disponer

---

la cual se ajustan los documentos tipo de acuerdo con las consideraciones del Decreto 680 de 2021 y se modifican otros aspectos de estos documento y finalmente con la Resolución 275 de 2022 modificó los documentos tipo adoptados y fue expedida el 24 de junio de 2022, teniendo en cuenta los cambios normativos relevantes para que las entidades y, en general quienes contratan con cargo a recursos públicos, desarrollen su gestión contractual conforme al nuevo marco normativo con ocasión de la expedición del Decreto 1860 de 2021, que incorporo reglamentación detallada de los artículos 31, 32, 33 y 34 entre otros de la ley 2069 de 2020 para su efectiva aplicación en el sistema de compras y contratación pública, estableciendo un marco regulatorio que propicia el emprendimiento, crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad. El Capítulo III de la Ley 2069 de 2020, entre otras medidas, creó una serie de incentivos en favor de las Mipyme, los emprendimientos y empresas de mujeres y de los demás grupos poblacionales que fueron cobijados como población en extrema pobreza, desplazados por la violencia, personas en proceso de reincorporación o reintegración y sujetos d especial protección constitucional, interesados en celebrar contratos con el Estado, así como para el fomento en la ejecución de contratos de la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional

13. DOCUMENTOS TÉCNICOS ADICIONALES

[La Entidad podrá incluir o hacer referencia a documentos técnicos adicionales como manuales, guías, apéndices, anexos o similares, requeridos para la ejecución del contrato y que deben ser tenidos en cuenta por el proponente al momento de

Este numeral indica que la entidad estatal, cuando requiera documentos técnicos adicionales al "Anexo 1 – Anexo Técnico", los podrá incluir o referenciar para que el proponente los considere al estructurar y presentar su oferta económica.

Aunado a lo anterior, y bajo la noción de lex artis, entendida esta como "un contenido ético y técnico científico que dirige la labor, la cual tiene especial trascendencia social y que está marcada por la autonomía"[42] corresponderá a cada entidad estatal, como estructuradora del proceso de contratación y a su personal técnico, definir las condiciones y especificaciones sobre las exigencias técnicas y los documentos técnicos adicionales, siempre observando los preceptos del Estatuto General de Contratación de la Administración pública -EGCA- y, de ser aplicables, los requisitos definidos en los Documentos Tipo.

2.6. Acreditación de experiencia en las excepciones al RUP, el caso de la mínima cuantía

La acreditación de la experiencia en los procesos de contratación que no requieren del RUP, se estudió, por esta Subdirección, en los conceptos con radicado No. 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019 y No. 2201913000008914 del 3 de diciembre de 2019, de acuerdo con los argumentos que se presentan a continuación.

El Registro Único de Proponentes no es exigible en todos los procesos de selección. El segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala los casos en los que no se requerirá el Registro Único de Proponentes: "(…) casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales

[42] Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 382951 de 2022

y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole".

La norma señala que, en estos eventos, las entidades contratantes tienen del deber de verificar las condiciones de capacidad jurídica, técnica, financiera y organizacional de los oferentes. Adicionalmente, en los casos que sea necesaria la verificación de requisitos o información que no repose en el RUP, la entidad estatal podrá solicitar información adicional -por ejemplo, longitudes de obra, especificaciones técnicas, etc.- sólo para complementar la información contenida allí, y con el fin de verificar condiciones adicionales de experiencia del proponente.

De esta forma, sólo en aquellos casos en los 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 y solicitar documentos diferentes al mismo.

Ahora bien ¿qué ocurre con la medida contenida en el inciso final del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 en aquellos casos en que la persona jurídica con menos de 3 años de constitución no está inscrita en el RUP? ¿pueden las sociedades recién creadas -con menos de 3 años- acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes en los procesos del segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, esto es, cuando no se exige que el proponente no se inscriba en el RUP?

Teniendo en cuenta que la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios para las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución se encuentra contenida en una norma que regula el RUP, en principio, solo aplicaría para los casos en los que la persona jurídica está inscrita en dicho registro. Para los demás eventos, como ya se anotó, la entidad contratante tiene la carga de verificar, entre otros, el requisito de experiencia de los oferentes y ello lo hará de conformidad con la regla que al efecto haya establecido en los pliegos de condiciones.

La entidad, en virtud de su autonomía, puede determinar en los pliegos de condiciones que en la evaluación del requisito de experiencia tendrá en cuenta la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de aquellas personas jurídicas con menos de 3 años de constitución.

No obstante, la Subdirección de Gestión Contractual considera, a pesar de la discrecionalidad y autonomía que les asiste a las entidades contratantes, que la regla expresada en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 se debe hacer extensiva, inclusive, a las personas jurídicas que no estén inscritas en el RUP y participen en los procesos de selección exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

La anterior consideración tiene su principal sustento en el **principio de igualdad** que orienta e irradia la actividad contractual del Estado. El principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, es un valor fundamental, no solo de la contratación estatal sino del ordenamiento jurídico. La igualdad, según la Corte Constitucional, tiene la connotación de principio, valor y derecho43, por lo que representa un criterio de obligatoria observancia tanto para la producción como para la aplicación e interpretación del derecho.

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa, y en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa a través del equilibrio de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad.

---

[43] "La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que "se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles". Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

Es por ello que el Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia, como la selección objetiva y la transparencia:

> La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[44].

Ahora bien, a pesar de que la norma que concede la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para las personas jurídicas con menos de 3 años de creación se refiere al RUP, ello no impide que se pueda hacer una aplicación extensiva o analógica para los eventos en los que no sea necesaria la inscripción en el RUP, como en el caso de los procesos adelantados a través de la modalidad de mínima cuantía. Es más, se insiste en que esta aplicación analógica se impone en virtud del principio de igualdad en la contratación pública, pues no se observa ningún criterio de distinción que justifique que en un caso se les tenga en cuenta la experiencia de los socios y en otros casos no. Personas jurídicas con menos de 3 años de constitución inscritas en el RUP son esencialmente iguales a las que no tienen dicho registro.

En efecto, si se realiza una comparación entre los dos grupos de sujetos a los que se hace referencia, se tendría que concluir que son esencialmente iguales: i) ambos son personas jurídicas recién creadas, esto es, con menos de 3 años de constitución; ii) ambos se encuentran dentro del ámbito de protección o finalidad de la norma, es decir, con la aplicación extensiva de la norma también se promueve el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública y iii) no existe ningún criterio material o sustantivo que justifique el trato diferenciado.

[44] Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 1996-3771-01 (12.037).

Así las cosas, frente a la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de una persona jurídica con menos de 3 años de constitución, para participar en los eventos exceptuados al deber de inscripción en el RUP, como los procesos de selección de mínima cuantía, la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídica, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

2.7 Certificaciones de sistemas de gestión de calidad

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

> "PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad *no serán objeto de calificación*, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos." (Cursivas fuera de texto)

Ese es el criterio actual en el Consejo de Estado. En efecto, en concepto del 20 de mayo del 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación aclaró que "[...] Los certificados

de gestión de calidad no se pueden solicitar a los proponentes, ni como requisito habilitante para participar en los procesos de selección, ni para otorgar puntaje"[45].

Es del caso precisar que, a juicio de esta Agencia, tal prohibición no se restringe a la exigencia de la certificación o el documento como tal, sino que debe entenderse en relación con la implementación de un sistema de gestión de calidad en sí mismo. En ese sentido, lo que prohíbe el legislador es que la entidad les exija a los proponentes, a título de requisito habilitante o calificable, la implementación de un sistema de gestión de calidad. Ese es el efecto útil de la norma *sub examine*, pues, aceptar una lectura exegética del parágrafo, implicaría asumir que una entidad está autorizada para exigir como requisito habilitante el cumplimiento de normas que hacen parte de sistemas de gestión de la calidad, verbi gracia ISO o ICONTEC, entre otras, sin pedir expresamente el documento o certificado que se expide al verificar estos estándares de calidad, lo cual, por un lado, le resta efectos prácticos a la prohibición establecida por el legislador y, por el otro, desconoce la finalidad perseguida por la norma.

Lo dicho antes no quiere decir que durante la ejecución del contrato estatal la entidad no pueda y deba supervisar el cumplimiento de unos estándares mínimos de calidad que exige la ley en algunos eventos específicos y determinados, como es el caso de los estándares mínimos del Gestión Ambiental y el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo "SG-SST", reglamentados por medio de las Resoluciones 2140 de 7 de noviembre de 2017 y 0312 del 13 de febrero de 2019, expedidas por el Ministerio de Ambiente y el Ministerio del Trabajo, respectivamente.

Ahor bien, de conformidad con lo expresado en el numeral 2.4 de este concepto y teniendo en cuenta el interrogante planteado sobre si "¿Las entidades con régimen especial de contratación pueden solicitar como requisito habilitante o ponderable certificaciones de calidad, aun cuando dicha exigencia esté prohibida de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007?", partiendo de que las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación. La prohibición prevista en el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de

[45] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

2007 no se aplica de manera directa sobre las entidades de régimen especial, precisamente debe observarse las disposiciones consagradas en el mencionado manual de contratación de cada entidad.

Finalmente, se reitera que, el manual de contratación de las entidades de régimen especial y exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

3. Respuesta

> "1. ¿Existe alguna diferencia entre un convenio interadministrativo y un contrato interadministrativo?
>
> 2. ¿Qué requisitos deben cumplir las entidades para celebrar contratos y convenios interadministrativos? ¿En que normas se encuentran regulados estos requisitos?
>
> 3. ¿Cómo garantizar la pluralidad de oferentes y el principio de selecciónobjetiva cuando se celebran contratos y convenios interadministrativos? ¿Cómo evitar que los contratos y convenios interadministrativos sean usados para eludir los procesos de selección objetiva, tales como la licitación, selección abreviada, mínima cuantía, entre otros?

Conforme a las anteriores consideraciones, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 dispone que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de

oferentes[46]. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

> "[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales"[47].

Ahora bien, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa. Como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de

[46] Ley 1150 de 2007: "Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".

[47] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así pues, conviene mencionar ejemplos en los cuales, por disposición legal, es posible la concurrencia de pluralidad de oferentes de cara a la celebración de convenios y contratos interadministrativos, un ejemplo claro son los contratos y convenios celebrados en el marco de las asociaciones conformadas por entidades territoriales previsto en el artículo 10 de la Ley 1150 de 2007, allí la referida Ley dispone que: "La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares" otro ejemplo, ya mencionado previamente, es el que se refiere a los contratos de obra y suministro, y demás, previstos en el tercer inciso del artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 esta norma refiere de manera expresa: "Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo".

En suma, **el *convenio*** es un negocio jurídico cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común y, por tanto, tienen intereses convergentes o coincidentes, sin que se reciba por alguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. Por su parte, **el *contrato*** es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden estas con diversidad de intereses y en ellos existe una contraprestación directa a favor de la entidad contratista que ha entregado el bien o prestado el servicio o realizado la obra a favor de la entidad contratante. En lo que al principio de selección objetiva respecta, este pretende mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos, este principio supone

que la Entidad Estatal escoja en los procesos de selección el "[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]". Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable.

> 4. ¿Es válido que las entidades públicas restrinjan la participación de oferentes al exigir que los contratos registrados en el RUP tengan determinados códigos UNSPSC, aun cuando al mismo tiempo la entidad pida certificaciones de experiencia de dichos contratos, donde podrá validar de forma adecuada el objeto de los contratos aportados por el oferente y, por ende, la idoneidad de dicha experiencia?

Con fundamento en las anteriores consideraciones, es claro que el RUP constituye plena prueba de las circunstancias que consten en él y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio, por lo cual es a través de este documento, en los casos en que es exigible, que las entidades estatales deben verificar las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es decir, los requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección. Superado lo anterior, y en contraste, cuando por las características del objeto a contratar y con la finalidad de acreditar los aspectos necesarios para la escogencia del proponente, se requieran verificar requisitos o **información adicional** a los contenidos en el RUP, las entidades deben hacer la verificación de forma directa. Esto también sucede en los procedimientos de selección en los cuales no es exigible el RUP, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[48]. En ambos supuestos, la Entidad Estatal, en el marco de la **autonomía** y la **potestad de dirección** que le asiste en los procesos de contratación que adelanta, debe establecer en los Documentos del Proceso –particularmente en el pliego de condiciones o la invitación– los documentos o instrumentos que exigirá a los proponentes para acreditar las circunstancias necesarias.

De igual forma, la inscripción en el RUP, la valoración de la experiencia de los proponentes y el desarrollo de los procesos de contratación son ámbitos de la contratación estatal en los que se incorpora el uso del Clasificador de Bienes y Servicios para la mencionada contratación. La

[48] Como se señaló, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 impuso la obligación a todos los proponentes de inscribirse en el Registro Único de Proponente, salvo en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

utilización de este clasificador es una medida que incrementa la eficiencia y la efectividad en procedimientos de selección y reduce los costos de crear y mantener un sistema de codificación individual, al estandarizar una codificación de amplia difusión y de generalizada aceptación, que permite a proveedores y compradores "hablar el mismo lenguaje" al integrar en un solo número el flujo total del proceso de adquisición.

En síntesis, las Entidades Estatales no pueden excluir a un proponente que ha acreditado los requisitos habilitantes exigidos en un Proceso de Contratación por no estar inscrito en el aparte de clasificación del RUP con el código de bienes, obras y servicios del objeto del Proceso de Contratación adelantado, es decir, por la información de clasificación del proponente, pero sí deben verificar que las condiciones de la experiencia corresponden a las exigencias previstas para el Proceso de Contratación.

6. En caso de entidades con regímenes especiales de contratación ¿La presentación de la oferta por parte del oferente es vinculante para la entidad?

¿Es obligatorio que este tipo de entidades con régimen especial adjudiquen procesos de contratación una vez recibidas las ofertas?

De conformidad con él, anteriormente mencionado, artículo 846 del Código de Comercio, la oferta o propuesta es irrevocable, por lo que una vez presentada el proponente no puede retractarse. Sin perder de vista este precepto legal, debe aclararse que, para el caso de las entidades con régimen especial, en el evento en que éstas adelantan sus procesos de contratación, la oferta no es obligatoria. Sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación, es precisamente a través de los referidos manuales de contratación de cada entidad en donde se encontrará las particularidades sobre la vinculatoriedad de la oferta, es decir, las ofertas se evaluarán conforme a lo reglado en el manual de contratación de la entidad.

Es imperante aclarar que el manual de contratación de las entidades de régimen especial y exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

8. ¿Qué requisitos deben cumplir las entidades para justificar las exigencias técnicas dentro de un proceso de contratación?

9. ¿En qué momento determinada exigencia técnica sobre un producto o servicio vulnera el principio de pluralidad de oferentes o de selección objetiva?

De conformidad con lo manifestado en el punto 2.5 de este concepto, los requisitos habilitantes y de ponderación fueron definidos por el Gobierno Nacional y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el "Documentos Base" de los Documentos Tipo. Las entidades estatales cuentan con autonomía para definir las condiciones y especificaciones para la ejecución del contrato en el "Anexo 1- Anexo Técnico", siempre que dichas condiciones y especificaciones no sean contrarias a los requisitos definidos en los Documentos Tipo.

El referido "Anexo 1- Anexo Técnico" describe el contenido mínimo que debe considerar la entidad estatal durante la estructuración del proceso, sin perjuicio de que se requieran aspectos adicionales, acordes con el alcance y magnitud de las obras contenidos en otros documentos.

Así pues, en cuanto a los requisitos y la determinación de las exigencias técnicas, y bajo la noción de lex artis, entendida esta como "un contenido ético y técnico científico que dirige la labor, la cual tiene especial trascendencia social y que está marcada por la autonomía" corresponderá a cada entidad estatal, como estructuradora del proceso de contratación y a su personal técnico, definir las condiciones y especificaciones sobre las exigencias técnicas y los documentos técnicos adicionales, siempre observando los preceptos del Estatuto General de Contratación de la Administración pública -EGCA- y, de ser aplicables, los requisitos definidos en los Documentos Tipo.

10. En virtud de los conceptos de Colombia Compra Eficiente sobre la posibilidad de seguir utilizando la experiencia registrada en el RUP de un oferente a través de sus socios, aun cuando hayan pasado más de tres años de constitución, ¿Es viable que la experiencia de los socios, aun cuando la empresa haya cumplido más de tres años de constitución, pueda ser utilizada por el oferente en procesos de mínima cuantía donde no se exija el RUP?

Con base en lo desarrollado en el numeral 2.6 de la presente consulta, es importante afirmar que a pesar de que la norma que concede la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios,

accionistas o constituyentes para las personas jurídicas con menos de 3 años de creación se refiere al RUP, ello no impide que se pueda hacer una aplicación extensiva o analógica para los eventos en los que no sea necesaria la inscripción en el RUP, como en el caso de los procesos adelantados a través de la modalidad de mínima cuantía. Es más, se insiste en que esta aplicación analógica se impone en virtud del principio de igualdad en la contratación pública, pues no se observa ningún criterio de distinción que justifique que en un caso se les tenga en cuenta la experiencia de los socios y en otros casos no. Personas jurídicas con menos de 3 años de constitución inscritas en el RUP son esencialmente iguales a las que no tienen dicho registro.

Así las cosas, frente a la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de una persona jurídica con menos de 3 años de constitución, para participar en los eventos exceptuados al deber de inscripción en el RUP, como los procesos de selección de mínima cuantía, la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídica, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

> 11. ¿Las entidades con régimen especial de contratación pueden solicitar como requisito habilitante o ponderable certificaciones de calidad, aun cuando dicha exigencia esté prohibida de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007?".

En el caso de los requisitos habilitantes, el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 establece que las "certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos". Es del caso precisar que esta prohibición comprende los requisitos habilitantes y,

además, los requisitos puntuables, pues la norma prohíbe expresamente que dichas certificaciones sean objeto de calificación.

Ahora bien, partiendo de que las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado. Este aspecto se determina en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación. La prohibición prevista en el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 no se aplica de manera directa sobre las entidades de régimen especial, precisamente debe observarse las disposiciones consagradas en el mencionado manual de contratación de cada entidad.

Se reitera que, el manual de contratación de las entidades de régimen especial y exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación. Además, pese a que existe un alto grado de discrecionalidad en su elaboración, el manual de contratación, al ser un reglamento vincula a la propia entidad.

Bajo estas consideraciones, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar si es procedente o no la celebración de un determinado contrato o convenio y las demás particularidades propias de sus procesos de contratación. Lo anterior en razón a que, al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró:	Gabriel Alejandro Murcia Taboada Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó	Juan David Cárdenas Cabeza Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE
Anexos:	Respuesta P20230609012246 Subdirección de Negocios