



OFERENTES EXTRANJEROS - Requisitos habilitantes y de calificación - Registro RUP

[...] el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007, que regula 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) cuando pretendan celebrar contratos estatales y b) si el procedimiento de contratación sea de aquellos en los cuales no se exceptúa el RUP, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. De esto se desprende que las personas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia que pretendan celebrar contratos con el Estado colombiano no están obligadas a inscribirse en el RUP, puesto que, tratándose de proponentes extranjeros la norma únicamente señala como obligados a quienes tengan domicilio o sucursal en el país. En consecuencia, este tipo de proponentes extranjeros deberán acreditar la experiencia y los demás requisitos habilitantes exigidos en los procesos de selección de contratación pública en los que participen mediante la presentación de los documentos que cumplan con los requisitos de validez dispuestos por la ley y el pliego de condiciones que haya determinado previamente la Entidad Estatal, para que sirvan de prueba.

EXPERIENCIA – Noción – Concepto

Allí se indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que esta se obtiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron a alguien conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual que la entidad ahora pretende desarrollar.

Lo anterior es determinante, porque no es posible adquirir la experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, lo cual es importante para la contratación pública, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. [...]

OFERENTES EXTRANJEROS – Acreditación experiencia en el extranjero

Ahora bien, si la experiencia se obtuvo en el extranjero, al igual que los documentos que la acreditan, éstos últimos deberán cumplir con los requisitos de ley para adquirir validez, como medio probatorio, en las actuaciones judiciales y administrativas realizadas en el territorio colombiano, como pasa a explicarse a continuación.

APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Régimen jurídico

La Ley 455 de 1998, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961”, establece que la apostilla es un trámite mediante el cual los agentes diplomáticos y consulares certifican la autenticidad de un documento o de una firma para que ostente validez en un país parte del Convenio sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.

APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Finalidad – Certificación firma – Servidor público

Por su parte, teniendo en cuenta que la Convención de la Haya elimina la obligación de legalización, se entiende que los países que no suscriben dicho instrumento internacional realizan el trámite de legalización.

De igual forma, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963, los países no signatarios de la Convención de la Haya 1961 deberán realizar el trámite de legalización, el cual, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución No. 10547 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la





República de Colombia, es la certificación de un documento o firma de un servidor público para que éste tenga validez en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares.

En este sentido, a pesar de que la apostilla y legalización tienen como finalidad certificar la firma de un servidor público, su diferencia radica en los trámites y requisitos que se deben surtir de acuerdo con el instrumento internacional –Conferencia de la Haya de 1961 o Convención de Viena de 1963, según corresponda–.

APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS - Trámite – Documentos públicos – Validez

De conformidad con lo anterior, es importante mencionar que la guía para el trámite de apostilla, expedida por el Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado, expresa que el procedimiento de apostilla es un trámite exclusivo para los “documentos públicos”, que, conforme al ordenamiento jurídico de un país, requieren de formalidades y solemnidades para que tengan validez jurídica, como por ejemplo una decisión judicial, razón por la que si el ordenamiento jurídico no distingue ni precisa que un documento requiere para su existencia y validez de alguna solemnidad, no puede exigirse que se apostille o legalice.

APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos públicos – Clases

El artículo 1º de la Ley 455 de 1998 identifica los documentos públicos que requieren del trámite de apostilla, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961, los cuales son: i) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanan de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; ii) documentos administrativos; iii) actos notariales; y iv) certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas. Por su parte, la norma exime del trámite de apostilla los documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras.

Por consiguiente, se entiende que todo documento expedido por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas, es un documento público, por lo tanto, los documentos públicos expedidos por un país signatario de la Convención de la Haya requieren de apostilla para que sean considerados válidos en Colombia. En cambio, los documentos públicos expedidos por países no signatarios de la Convención indicada, para ser válidos en Colombia, requieren del trámite de legalización.

APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos privados – Convertidos en públicos

Por otro lado, los documentos privados expedidos en el exterior no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, razón por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no deberían extenderse a los documentos que no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de un particular en el ejercicio de funciones públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera que un documento privado que sea autenticado por un notario público o quien haga sus veces, adquiere el carácter de documento público y, por lo tanto, a pesar de que su naturaleza principal es un documento privado, deben ser apostillados dada su “conversión a documento público”.





TRATO NACIONAL – Reciprocidad – Proponente Extranjero – Apostilla – Legalización de documentos

Por un lado, en el caso de los documentos públicos, independiente de los principios de trato nacional y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales, particularmente, las relaciones internacionales de naturaleza económica, como ocurre en los tratados de libre comercio, las disposiciones que regulan la apostilla y legalización tienen por objeto otorgar validez o efecto jurídico a los documentos expedidos en el exterior, sin consideración al sujeto que pretende hacer valer ese instrumento.

TRATO NACIONAL - Documentos extranjeros – Deber de apostillar – Deber de legalizar

En consecuencia, un proponente extranjero que participa en un Proceso de Contratación ante una Entidad Estatal, aunque tenga derecho a trato nacional o reciprocidad, conforme a lo dispuesto en la Ley 455 de 1998, debe realizar el trámite de apostilla y/o legalización de los documentos públicos expedidos en el exterior, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.

Por otro lado, tratándose de documentos privados expedidos en el exterior, dado que estos no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de un particular en el ejercicio de funciones públicas, no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no les son aplicables.

LICITACIÓN PÚBLICA – Selección objetiva

Uno de los principios transversales de los Procesos de Contratación en Colombia 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, 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 por el cual las entidades estatales se encuentran obligadas a seleccionar como contratista a quién haya realizado el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, por lo que los factores escogencia y calificación que establezcan en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta las reglas dispuestas en dicho artículo, y que fueron previamente explicadas en los numerales anteriores.

LICITACIÓN PÚBLICA - Ofrecimiento más favorable

[...] en la licitación pública el valor tampoco es el único criterio de escogencia, por el contrario, en esta modalidad de selección de contratistas, las entidades deben diseñar en sus pliegos de condiciones, criterios que contengan tanto factores técnicos y económicos de escogencia, siendo la oferta más ventajosa 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.



Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

La escogencia entre una u otra alternativa corresponderá determinarla a cada una de las entidades estatales a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones.

OCDE – Recomendación del Consejo sobre contratación pública

Dentro de las recomendaciones que emite la OCDE se encuentra la de contratación pública, [...] la cuarta recomendación que realiza la OCDE a los adherentes es “hacer accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”. Para el cumplimiento de dicho fin se establecieron tres (3) deberes, que Colombia ha venido cumpliendo, a saber: i) Frente al deber disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos, que sean claros y sencillos, que no redunden o se contradigan y que trate a los proveedores extranjeros de un modo justo, transparente y equitativo, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, conjuntamente con su decreto reglamentario compilatorio 1082 de 2015, resultan ser en la actualidad el marco normativo de la contratación estatal en Colombia que garantiza la contratación y compras públicas en Colombia de manera sostenibles y eficientes, con pleno reconocimiento a un trato de reciprocidad a los proveedores extranjeros, teniendo en cuenta los compromisos internacionales como los acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio que el país haya suscrito. ii) Frente a la utilización de documentos claros e íntegros para llevar a cabo las licitaciones, Colombia adoptó desde el 22 de julio de 2020, mediante la Ley 2022 los documentos tipo en ciertos Procesos de Contratación, que son 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 establecen los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representan buenas prácticas contractuales que procuran el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública y en la cual se garantiza los mínimos solicitados por la OCDE [...] iii) Finalmente recomienda el recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor, y en efecto, mediante la Ley 1150 de 2007, Colombia dispuso que la licitación pública es la modalidad de selección de contratistas por excelencia, y las otras modalidades de contratación son la excepción, para lo cual dispuso causales taxativas de procedencia, cuya interpretación es restrictiva y no permite la aplicación de analogía, con el fin de lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. (601) 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 4 de 31

Compartido por:



FORMATO PQRS

Código: CCE-PQRS-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., 24 de Marzo de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230324002919
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 24/03/2023 18:35:47



Señora

María Elisa Abril Barreto

Asesora

Oficina de Asuntos Legales Internacionales

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

gestiondocumental@mincit.gov.co

Bogotá D.C.

Concepto C-090 de 2023

Temas:

OFERENTES EXTRANJEROS Requisitos habilitantes y de calificación - Registro RUP /EXPERIENCIA – Noción – Concepto / OFERENTES EXTRANJEROS – Acreditación experiencia en el extranjero - / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Régimen jurídico / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Finalidad – Certificación firma – Servidor público – Trámite – Documentos públicos – Validez / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos públicos – Clases / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS – Documentos privados – Convertidos en públicos / TRATO NACIONAL – Reciprocidad – Proponente Extranjero – Apostilla – Legalización de documentos – Documentos extranjeros – Deber de apostillar – Deber de legalizar / LICITACIÓN PÚBLICA – Selección objetiva – Ofrecimiento más favorable /OCDE – Recomendación del Consejo sobre contratación pública

Radicación:

Respuesta a consulta P20230323002670

Estimada señora Abril,



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 5 de 31



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 a su consulta del 24 de febrero de 2023, radicada a esta Subdirección el 23 de marzo de 2023.

1. Problema planteado

Usted solicita se le brinde apoyo técnico con las observaciones presentadas por autoridades españolas en el marco de la Subcomisión Económica y Comercial Colombia- España celebrada el 22 de noviembre de 2022, respecto de algunos temas de compras públicas que se exponen a continuación:

“(i) que en Colombia no se está dando validez a los documentos apostillados aportados por las empresas españolas, como por ejemplo a los certificados de experiencia, y que algunas entidades solicitan también la apostilla de la firma del funcionario que emite el certificado, y no solo la apostilla del documento;

(ii) que en ocasiones, reconocidas empresas españolas quedan fuera de algunas licitaciones en Colombia por incumplir alguno/s de los índices exigidos por entidades colombianas y que no corresponden, necesariamente, con la capacidad técnica de las empresas españolas al fijar ratios o indicadores obligatorios para la presentación de ofertas que son muy distintos de los que presentan las empresas europeas;

(iii) que las empresas españolas, que se financian con banca local o con financiación con apoyo oficial bajo criterios del consenso OCDE, quedan fuera de ciertas licitaciones únicamente por este motivo y esto se percibe, en algunas licitaciones como falta de competencia real cuando el criterio de adjudicación se basa estrictamente en precios y no entran en consideración otras cuestiones, como capacidad técnica o calidad, entre otros elementos. Determinadas ofertas se sitúan por debajo del mercado al ir acompañadas de financiación estatal, con condiciones mucho más ventajosas que las que ofrece el mercado o las que pueden ofrecer otros países con apoyo oficial bajo los criterios del consenso OCDE.” (sic).

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, la competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.





Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, en ese orden de ideas, con el fin de resolver las consultas planteadas se abordarán los siguientes temas: i) obligación de los oferentes extranjeros de registrarse ante el RUP; ii) consideraciones de la Agencia respecto de la experiencia; iii) apostilla y legalización de documentos expedidos en el exterior; iv) consideraciones generales sobre los requisitos habilitantes; v) consideraciones generales sobre los requisitos de calificación; vi) ofrecimiento más favorable en licitación pública; y, vii) recomendaciones de la OCDE sobre contratación pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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-103 del 24 de marzo del 2021, C-140 del 9 de abril del 2021, C-230 del 25 de mayo de 2021, C-316 del 29 de junio de 2021, C-318 del 29 de junio de 2021, C-326 del 2 de julio de 2021, C-725 del 25 de enero de 2022, C-084 del 16 de marzo de 2022 y C-517 de 11 de agosto de 2022 analizó la acreditación de la experiencia en los procesos de contratación pública.¹ A su turno, esta Agencia se ha pronunciado sobre la apostilla y la legalización de documentos expedidos en el exterior en los conceptos del 16 de agosto y el 3 de octubre de 2019 –radicados Nos. 2201913999995975 y 2201913000007348–, así como en los conceptos C-261 del 15 de abril, C-304 del 21 de mayo de 2020, C-441 del 24 de julio de 2020, C-532 de 28 de septiembre de 2021, C-855 del 12 de diciembre de 2022 y C-819 de 20 de diciembre de 2022.

Por su parte, sobre el principio de selección objetiva esta entidad ha emitido los conceptos con radicado 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

¹ De igual forma la Agencia de Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- trató el tema objeto de estudio en conceptos del año 2019, identificados con los radicados No. 4201912000003636 del 20 de agosto de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. 4201912000004603 del 22 de agosto de 2019, 4201912000004380 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004704 del 27 de agosto de 2019, 4201912000004743 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005158 del 5 de septiembre de 2019, 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, 4201912000007182 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 de diciembre de 2019, 4201912000007607 del 9 de diciembre de 2019.





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 y C-285 del 20 de mayo de 2022. Igualmente, se pronunció sobre la acreditación de los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, entre otros, en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C-002 del 12 de febrero de 2020, C-089 del 4 de marzo de 2020, C-099 del 06 de abril de 2020, C-166 del 14 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-326 del 9 de junio de 2020, C-140 del 9 de abril de 2021 y C-439 del 5 de julio de 2022, entre otros². Los argumentos y las consideraciones expuestas en los conceptos mencionados se reiteran y se complementan en lo pertinente.

2.1. Obligación de los oferentes extranjeros de registrarse ante el RUP

En Colombia, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los procesos de selección en el país.

Para ello, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes – en adelante RUP-. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación. En este registro constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan, en principio, solicitar o aportar otra documentación³.

La experiencia debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes. Estos terceros expiden dichas certificaciones cuando el contrato fue ejecutado y

² Estos conceptos pueden ser consultados en la Relatoría de esta Agencia en el siguiente Link: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Ley 1150 de 2007: "Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

[...]

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

"No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa".





recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente⁴. De esta manera, con el RUP se verifica, entre otras cosas, que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico.

Asimismo, de manera correlativa a este deber de los proponentes, la norma impuso a las cámaras de comercio la obligación de verificar los requisitos habilitantes de quienes se registren. El inciso 2 del numeral 6.1. le otorga carácter de plena prueba a la información contenida en el registro que haya sido verificada por las cámaras de comercio y, además, dispuso que la verificación de las condiciones de que trata el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones.

En consecuencia, la norma establece que a las entidades les está prohibido exigir otros documentos para efectuar la inscripción en el registro, salvo lo dispuesto en el inciso 3 del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, en el que se prevé que la entidad podrá verificar requisitos adicionales a los contenidos en el registro cuando se requiera en virtud de la naturaleza del objeto a contratar. La norma señala que solo en este último evento la entidad podrá hacer la verificación en forma directa, es decir, cuando por el objeto del contrato se requieran verificar requisitos adicionales a los contenidos en el registro.

De lo anterior se concluye que la regla general es que la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y organizacional de los proponentes se acredite a través del RUP y, en consecuencia, la evaluación, por ejemplo de la experiencia, como requisito habilitante, no puede ser realizada nuevamente por la entidad pública a partir de otros criterios distintos a los contenidos en el Registro Único de Proponentes.

⁴ 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".





Ahora bien, el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007⁵, que regula 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) cuando pretendan celebrar contratos estatales y b) si el procedimiento de contratación sea de aquellos en los cuales no se exceptúa el RUP, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007⁶. De esto se desprende que las personas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia que pretendan celebrar contratos con el Estado colombiano no están obligadas a inscribirse en el RUP, puesto que, tratándose de proponentes extranjeros la norma únicamente señala como obligados a quienes tengan domicilio o sucursal en el país. En consecuencia, este tipo de proponentes extranjeros deberán acreditar la experiencia y los demás requisitos habilitantes exigidos en los procesos de selección de contratación pública en los que participen mediante la presentación de los documentos que cumplan con los requisitos de validez dispuestos por la ley y el pliego de condiciones que haya determinado previamente la Entidad Estatal, para que sirvan de prueba.

2.2. Consideraciones de la Agencia respecto de la experiencia

En relación con el requisito habilitante de experiencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación». Allí se indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que esta se obtiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron a alguien conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual que la entidad ahora pretende desarrollar.⁷

⁵Ley 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.[...]”.

⁶“[...]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 [...]”.

⁷ Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación: “La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

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

[...]





Lo anterior es determinante, porque no es posible adquirir la experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades previas. Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, lo cual es importante para la contratación pública, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal. Por tratarse de esquemas asociativos, en estos casos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, de manera que se ayude a que exista pluralidad de oferentes. Igualmente, el Manual establece que la “experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados”.

Ahora bien, si la experiencia se obtuvo en el extranjero, al igual que los documentos que la acreditan, éstos últimos deberán cumplir con los requisitos de ley para adquirir validez, como medio probatorio, en las actuaciones judiciales y administrativas realizadas en el territorio colombiano, como pasa a explicarse a continuación.

2.3. Apostilla y legalización de documentos expedidos en el exterior

La Ley 455 de 1998, “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961”, establece que la apostilla es un trámite mediante el cual los agentes diplomáticos y consulares certifican la autenticidad de un documento o de una firma para que ostente validez en un país parte del Convenio sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961. Por su parte, teniendo en cuenta que la Convención de la Haya elimina la obligación de legalización, se

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

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

[...]”.





entiende que los países que no suscriben dicho instrumento internacional realizan el trámite de legalización.

De igual forma, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963, los países no signatarios de la Convención de la Haya 1961 deberán realizar el trámite de legalización, el cual, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución No. 10547 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, es la certificación de un documento o firma de un servidor público para que éste tenga validez en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares.⁸

En este sentido, a pesar de que la apostilla y legalización tienen como finalidad certificar la firma de un servidor público, su diferencia radica en los trámites y requisitos que se deben surtir de acuerdo con el instrumento internacional –Conferencia de la Haya de 1961 o Convención de Viena de 1963, según corresponda–.

De conformidad con lo anterior, es importante mencionar que la guía para el trámite de apostilla, expedida por el Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado, expresa que el procedimiento de apostilla es un trámite exclusivo para los “documentos públicos”, que, conforme al ordenamiento jurídico de un país, requieren de formalidades y solemnidades para que tengan validez jurídica, como por ejemplo una decisión judicial⁹, razón por la que si el ordenamiento jurídico no distingue ni precisa que un documento requiere para su existencia y validez de alguna solemnidad, no puede exigirse que se apostille o legalice.

Con fundamento en la Ley 455 de 1998 y la Resolución No. 10547 de 2018 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, se incorporó en la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, versión expedida el 15 de julio de 2022, el numeral 8.1, el cual hace referencia a la forma en la que se acreditan los documentos expedidos en el exterior para ser tenidos en cuenta en los

⁸ Resolución No. 10547 de 2018: «artículo 2. De las definiciones. Para efectos de la presente Resolución, entiéndase lo siguiente:

[...]

“2. Legalización: Certificar la autenticidad de la firma de un servidor público en ejercicio de sus funciones y la calidad en que el signatario haya actuado, la cual deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento surta plenos efectos legales en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, artículo 5°, literal f) que reglamenta las actuaciones consulares en calidad de notario”.

⁹ Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado. El ABC de las Apostillas ¿Cómo garantizar el reconocimiento de sus documentos públicos en el extranjero: «Una apostilla no puede ser requerida cuando las leyes, reglamentos o usos vigentes en el país en que el documento público debe ser utilizado rechacen o simplifiquen el requerimiento de una Apostilla o dispensen al documento de la exigencia de la legalización. Esta simplificación o dispensa puede también resultar de un tratado u otro acuerdo vigente entre el país en que el documento debe ser utilizado y el país que lo emitió (e.g., algunos otros Convenios de la Haya exceptúan a los documentos públicos de legalización o de otras formalidades análogas, incluidas las Apostillas)”.





procesos de contratación.¹⁰ La circular establece que los documentos expedidos en el exterior y que requieran apostilla y/o legalización deben tramitarse de conformidad con lo previsto, hoy, en la Resolución No. 1959 de 2020, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. En este sentido, la circular establece que solo los documentos de carácter público requieren agotar el procedimiento de apostilla o legalización para que sean considerados válidos en Colombia.¹¹

El artículo 1º de la Ley 455 de 1998 identifica los documentos públicos que requieren del trámite de apostilla, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961, los cuales son: i) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; ii) documentos administrativos; iii) actos notariales; y iv) certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas. Por su parte, la norma exime del trámite de apostilla los documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras.

Por consiguiente, se entiende que todo documento expedido por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas, es un documento público, por lo tanto, los documentos públicos expedidos por un país signatario de la

¹⁰ La Circular indicada puede consultarse en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

¹¹ "8.1 Apostilla y/o legalización de documentos públicos. - Todos los documentos expedidos en el exterior por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas, deben ser apostillados o legalizados por la Entidad competente desde el país de origen, para que puedan surtir efectos legales en Colombia. En armonía con lo anterior, los documentos públicos expedidos en el exterior por un país signatario de la Convención de La Haya de 1961, sobre la abolición del requisito de legalización, deben apostillarse; en cambio, los documentos públicos expedidos en el exterior, por un país signatario de la Convención de Viena de 1963, deben legalizarse.

"Para el trámite de la apostilla o legalización de dichos documentos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Resolución No. 1959 del 3 de agosto de 2020, "Por la cual se dictan disposiciones en materia de apostilla y de legalización de documentos y se deroga la Resolución 10547 del 14 de diciembre de 2018", expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, o la norma que la adicione, modifique o sustituya." Por otro lado, los documentos privados expedidos en el exterior no requieren ser apostillados o legalizados. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la Resolución del párrafo precedente, para efectos de la apostilla o legalización, los documentos privados deberán contener certificación oficial de un servidor público o de un particular en ejercicio de funciones públicas, que avale la firma o la entidad que lo emite." Cuando en un Proceso de Contratación un proponente presenta un documento público legalizado de acuerdo con la Convención de la Haya, la Entidad Estatal no debe solicitar legalizaciones, autenticaciones o ratificaciones adicionales de ninguna autoridad nacional o extranjera, puesto que el trámite de la apostilla es suficiente para certificar por sí mismo la autenticidad.

"De acuerdo con el Manual para el Funcionamiento Práctico de la Convención de la Apostilla, el país de origen del documento puede tener una autoridad que verifica y certifica ciertos documentos públicos (autoridad intermedia) y otra autoridad centralizadora que es quien emite la Apostilla. En consecuencia, las Entidades Estatales deben aceptar la Apostilla expedida por la autoridad centralizadora correspondiente".





Convención de la Haya requieren de apostilla para que sean considerados válidos en Colombia.¹² En cambio, los documentos públicos expedidos por países no signatarios de la Convención indicada, para ser válidos en Colombia, requieren del trámite de legalización.

De conformidad con lo anterior, el numeral 8.2 de la Circular precisa que los documentos que aporten los proponentes sean públicos o privados, se presumen auténticos y, por lo tanto, no se deben solicitar autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales, excepto cuando la Ley lo exija expresamente. En este sentido, solo los documentos que requieren determinada forma para su existencia, de acuerdo con la ley, deben ser exigidos y aportados de acuerdo con las solemnidades previstas en ella, situación que se presenta con los documentos públicos otorgados en el exterior.¹³

Por otro lado, los documentos privados expedidos en el exterior no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, razón por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no deberían extenderse a los documentos que no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de un particular en el ejercicio de funciones públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera que un documento privado que sea autenticado por un notario público o quien haga sus veces, adquiere el carácter de documento público y, por lo tanto, a pesar de que su naturaleza principal es un documento privado, deben ser apostillados dada su “conversión a documento público”.

Sumado a lo anterior, no hay norma que disponga que los documentos privados deban estar apostillados o legalizados; de hecho, las normas del ordenamiento que regulan o

¹² Corte Constitucional, sentencia T-473 del 14 de julio de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón: “Se concluye entonces que desde y para la perspectiva procesal, el término “documento público” se define de acuerdo a la persona que lo produce (funcionario público), y será público en la medida en que se produzca con las formalidades legales. Tiene, por supuesto, un mayor valor probatorio que el documento privado. Es, por tanto, una perspectiva orgánica: el carácter público del documento lo determina la persona u órgano donde se origina. El ámbito de producción del documento -sujeto productor y calidad del mismo- es lo que define y determina, en últimas, su naturaleza pública”.

¹³ “Los documentos públicos y privados se presumen auténticos. Las Entidades Estatales no deben solicitar autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales para documentos aportados a Procesos de Contratación, excepto cuando la ley lo exige expresamente.

“Los poderes especiales para actuar en los Procesos de Contratación deberán presentarse conforme lo establezca la normativa vigente, por lo que requieren nota de presentación personal, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012.

“Los proponentes pueden aportar a los Procesos de Contratación los documentos públicos o privados en copia simple. Las copias de los documentos también gozan de presunción de autenticidad y su valor probatorio es el mismo del original, excepto cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“En los pliegos de condiciones y en las invitaciones a participar en Procesos de Contratación, cuando la ley exija expresamente autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales, el proponente puede presentar con la oferta documentos en copia simple y aportar el documento con la exigencia legal correspondiente dentro del plazo previsto para la subsanación”.





contemplan lo relativo a los documentos extranjeros no son aplicables o no prevén dicho requisito para los documentos privados, como se pasa a exponer.

El artículo 480 del Código de Comercio determina que los documentos otorgados en el exterior deben ser autenticados por los funcionarios competentes de cada país, y posteriormente autenticarse la firma de estos funcionarios con el cónsul colombiano o, a falta de cónsul colombiano, por una nación amiga.¹⁴ Sin embargo, dada la ubicación de esta norma en el Código de Comercio y a su redacción, debe interpretarse que dicha disposición aplica únicamente en lo relativo a las sociedades extranjeras.

Por su parte, el Código General del Proceso, en el artículo 251, establece que los documentos públicos otorgados en el extranjero deberán apostillarse de acuerdo con lo contemplado en los tratados internacionales ratificados por Colombia.¹⁵ Esta disposición sería en materia de contratación estatal de forma subsidiaria, ante la ausencia de norma especial que regule la actividad probatoria en el procedimiento administrativo general y en el procedimiento administrativo contractual, según como se observa en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– que en esta materia realiza una remisión a las disposiciones sobre los medios probatorios del Código General del Proceso en el artículo 40 –sin perjuicio de otras remisiones–. Pero, la citada disposición tampoco contempla la obligación de apostillar los documentos privados, sino únicamente para los documentos públicos otorgados en el exterior; por ende, tampoco sería posible extender dicha obligación a documentos no relacionados por la misma.

¹⁴ Código de Comercio: «Artículo 480. Autenticación de documentos otorgados en el exterior. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

“Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país”.

¹⁵ Código General del Proceso: “Artículo 251. Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

“Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

“Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país”.





En ese contexto, el Ministerio de Relaciones Exteriores reglamentó el trámite y los requisitos para apostillar y legalizar documentos expedidos en el exterior en el artículo 7 de la Resolución No. 1959 de 2020.¹⁶

Ahora bien, en relación con la experiencia obtenida en el extranjero debe señalarse que es válida tanto la obtenida mediante contratos suscritos con entidades públicas como la derivada de contratos celebrados con particulares, pues conforme se expuso en el numeral 2.2. del presente concepto la experiencia se deriva el conocimiento del proponente para ejecutar el objeto a contratar. Sin perjuicio de lo anterior, es importante precisar que, para que dicha experiencia sea tenida en cuenta dentro de un Proceso de Contratación, los documentos mediante los cuales se acredita la experiencia obtenida en el extranjero deben cumplir con los requisitos de ley para adquirir validez como medio probatorio, en las actuaciones judiciales y administrativas realizadas en el territorio colombiano, requisitos que son distintos si se trata de documentos públicos y documentos privados.

Por un lado, en el caso de los documentos públicos, independiente de los principios de trato nacional y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales, particularmente, las relaciones internacionales de naturaleza económica, como ocurre en los tratados de libre comercio, las disposiciones que regulan la apostilla y legalización tienen por objeto otorgar validez o efecto jurídico a los documentos expedidos en el exterior, sin consideración al sujeto que pretende hacer valer ese instrumento. En consecuencia, un proponente extranjero que participa en un Proceso de Contratación ante una Entidad Estatal, aunque tenga derecho a trato nacional o reciprocidad, conforme a lo dispuesto en la Ley 455 de 1998, debe realizar el trámite de apostilla y/o legalización de los documentos públicos expedidos en el exterior, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.

Por otro lado, tratándose de documentos privados expedidos en el exterior, dado que estos no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de un particular en el ejercicio de funciones públicas, no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no les son aplicables.

2.4. Consideraciones generales sobre los requisitos habilitantes

16

Ver

en

línea:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/resolucion_1959_de_3_agosto_2020_apostilla_y_legalizaciones_derog_a_resolucion_10547_de_2018_0.pdf



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación, precisó que estos tienen como fin primordial medir “la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia”. Su propósito es “establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación”.

Las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato, deben estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza, al valor del contrato, a la forma de pago, a los riesgos, al plazo y a la complejidad de la ejecución del objeto, como lo prevén el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015¹⁷.

En consecuencia, una vez los requisitos de habilitación son fijados por la Entidad Estatal, quienes presenten ofertas deben acreditar que los cumplen. En caso contrario, las propuestas deberán rechazarse.

Así las cosas, el RUP es, por regla general, el instrumento a través del cual los proponentes acreditan la capacidad financiera, jurídica, organizacional y la experiencia, y es plena prueba de las circunstancias que se hagan constar¹⁸. No obstante, como se expuso en el numeral 2.1. las personas naturales o jurídicas extranjeras, sin domicilio o sucursal en Colombia, no están obligadas a inscribirse en el RUP. Por esta razón, frente a la acreditación de su experiencia en el extranjero, le corresponde a las Entidades Estatales verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

Sobre este punto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes en los Procesos de Contratación, sugiere “incluir en los pliegos de condiciones modelos de certificados con los cuales los proponentes acrediten los requisitos habilitantes”.

De igual forma, en la “Guía para la participación de Proveedores Extranjeros en Procesos de Contratación”, emitida por esta Agencia, y por medio de la cual se ofrece información y hace recomendaciones a los proveedores extranjeros interesados en participar en el Sistema de Compra Pública, indicó que:

¹⁷ Así, por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un “presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra”, como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación.

¹⁸ Sin perjuicio de aquellos eventos en los cuales la inscripción en el RUP no es obligatoria, caso en el cual “corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación” de los requisitos habilitantes, como lo prevé el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.





“En Colombia existe el registro único de proveedores exigido para un gran número de Procesos de Contratación. El propósito del RUP es contar ex-ante con la información de los posibles interesados en procesos de compra y tener en único registro la información estándar que los interesados deben presentar en los Procesos de Contratación.

Los proveedores extranjeros sin domicilio en Colombia no están obligados a tener RUP por lo cual deben acreditar esta información directamente ante la Entidad Estatal que adelanta el Proceso de Contratación en la forma indicada en los pliegos de condiciones y en el SECOP II cuando el proceso es en línea.”

Por lo anterior, es claro que las Entidades Estatales deben establecer en sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes, las condiciones como los proponentes extranjeros sin RUP podrán acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

2.5. Consideraciones generales sobre los requisitos de calificación

Los requisitos de calificación «corresponden al objeto [del contrato] (...), sus especificaciones técnicas, su precio, etc., [y] constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración»¹⁹

Por ello, los requisitos de calificación dependen de la modalidad de selección bajo la cual se adelanta el Proceso de Contratación respectivo. Así, en la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía corresponden a: i) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas o ii) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, como lo prevé el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Por su parte, en la selección abreviada de subasta inversa y la compra derivada de una orden en un Acuerdo Marco de Precios corresponden al precio, criterio que igualmente aplica para la mínima cuantía, como lo disponen los artículos 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, así como el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En el concurso de méritos son: i) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y ii) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo, como lo estatuye el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015.

¹⁹ Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 16 de agosto de 2018, radicación 2003-01082-01 (37339) con ponencia de Stella Conto Díaz Del Castillo.





En la contratación directa se analiza que la adquisición se efectúe en condiciones de mercado, cuya exigencia se realizará conforme al que resulte ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes que pueden ser a manera enunciativa, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

Por lo tanto, se debe destacar que la determinación de los factores de calificación le corresponden a las entidades estatales, quienes deberán fijarlos con base en las condiciones del contrato a ejecutar, y una vez vencido el plazo para presentar ofertas, no son susceptibles de subsanación.

2.6. Ofrecimiento más favorable en licitación pública

Uno de los principios transversales de los Procesos de Contratación en Colombia 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 principio²⁰, 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 por el cual las entidades estatales se encuentran obligadas a seleccionar como contratista a quién haya realizado el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, por lo que los factores escogencia y calificación que establezcan en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta las reglas dispuestas en dicho artículo, y que fueron previamente explicadas en los numerales anteriores.

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las

²⁰ 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».





necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que:

“la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas»²¹. 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 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»²².

Ahora bien, es importante precisar que esta Agencia ha indicado que, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de permitir la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes. Esta decisión, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)–, solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades.

En ese contexto y atendiendo a su consulta, es importante ampliar en este numeral cuales son los criterios que nuestro ordenamiento jurídico contempla en la actualidad, para considerar y escoger la oferta más favorable en un Proceso de Contratación bajo la modalidad de selección de licitación pública. El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es claro en indicar que en esta

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.





modalidad los criterios de escogencia dependerán de factores técnicos y económicos, aunada a la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Es así como, en los contratos de obra pública, la norma indica que el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación, sino que en dicho caso 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 designados para ello.

En ese orden de ideas, en la licitación pública el valor tampoco es el único criterio de escogencia, por el contrario, en esta modalidad de selección de contratistas, las entidades deben diseñar en sus pliegos de condiciones, criterios que contengan tanto factores técnicos y económicos de escogencia, siendo la oferta más ventajosa 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.

La escogencia entre una u otra alternativa corresponderá determinarla a cada una de las entidades estatales a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones.

En ese sentido, cuando la Entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, el mecanismo utilizado comúnmente es el otorgar un peso porcentual a cada factor de calificación, cuya estructuración porcentual o peso en los puntajes deberá corresponder en todo caso a los mínimos exigidos en nuestra normatividad cuando se trate de factores obligatorios a contemplarse o asignarse por Ley y a aquellos criterios técnicos que considere pertinentes la Entidad Estatal darle mayor peso en la selección, por el contrario cuando la entidad estatal escoge el seleccionar el ofrecimiento más favorable conforme a un análisis de la relación costo-beneficio, no habría necesidad de acudir obligatoriamente a sistemas de asignación de puntaje, pues aquí el artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establecieron unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Así las cosas, la oferta más favorable en esta última alternativa se ponderando las ofertas de la siguiente forma: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones





técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y, iv) el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta “[...] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo [...]”²³.

Ahora bien, también se debe tener en cuenta que en la modalidad de licitación pública el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 mencionó que cuando la Entidad Estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá «ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento». Estas condiciones generales, están dadas por el artículo 2.2.1.2.1.1.1. del Decreto 1082 de 2015 que contempló que, para la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa, las Entidades Estatales deben señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja. Por tal razón, el pliego de condiciones debe contener una fecha para que los oferentes presenten los

²³ Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

“En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

“1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

“2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

“3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

“4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

“La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

“La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido”.





documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la Entidad Estatal y una segunda fecha para llevar a cabo la subasta inversa para la conformación de la oferta económica dinámica. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta en artículo en cita, dispuso que los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica, conforme al procedimiento que trae consigo el artículo citado que se expone a continuación:

“Artículo 2.2.1.2.1.1.1. *Presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos de licitación pública.* La Entidad Estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello para determinar los oferentes que pueden continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones. En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los Lances hasta la conformación de la oferta definitiva.

Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente Lances en la subasta.

En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.

La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier Lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.

De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso”.

Conforme a lo anterior, se puede observar que el deber de selección objetiva en la modalidad de licitación pública está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas expuestas en el pliego de condiciones.

2.7. Recomendaciones de la OCDE sobre contratación pública.





La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²⁴, es una organización intergubernamental y multidisciplinaria creada en el año 1960, cuya misión es promover políticas que fomentan el bienestar económico, el aumento de empleos y la calidad de vida de los pueblos alrededor del mundo, así como la promoción de los más altos estándares ambientales y sociales.

El Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos fue firmado el 14 de diciembre de 1960 y Colombia inició su proceso de adhesión en el año 2013 y fue invitada a ser parte de la Organización en el año 2018. El 28 de abril de 2020 la Cancillería realizó el depósito de los instrumentos de ratificación ante el gobierno francés, país depositario de la Convención, siendo desde esa fecha miembro oficial de la OCDE, según lo establecido en el Capítulo XIV de la Convención.

Dentro de las recomendaciones que emite la OCDE se encuentra la de contratación pública²⁵, la cual se emitió en virtud del artículo 5, numeral b) del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, dirigido a todos los miembros y a los no miembros que se adhieran. Dicho documento contiene trece (13) recomendaciones que tienen como justificación el mejorar la economía y la eficiencia y de poner coto a las amenazas a la integridad que se manifiestan a lo largo del ciclo de la contratación pública, desde la evaluación de las necesidades hasta la fase de pago y la gestión contractual.

En lo concerniente a su consulta, la cuarta recomendación que realiza la OCDE a los adherentes es “hacer accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen”. Para el cumplimiento de dicho fin se establecieron tres (3) deberes, que Colombia ha venido cumpliendo, a saber:

- i) Frente al deber disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos, que sean claros y sencillos, que no redunden o se contradigan y que trate a los proveedores extranjeros de un modo justo, transparente y equitativo, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, conjuntamente con su decreto reglamentario compilatorio 1082 de 2015, resultan ser en la actualidad el marco normativo de la contratación estatal en Colombia que garantiza la contratación y compras públicas en Colombia de manera sostenibles y eficientes, con pleno reconocimiento a un trato de reciprocidad a los proveedores extranjeros, teniendo en cuenta los compromisos internacionales

²⁴ Para más información, ver en línea <https://www.oecd.org/acerca/>

²⁵ Ver en línea: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>





como los acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio que el país haya suscrito.

- ii) Frente a la utilización de documentos claros e íntegros para llevar a cabo las licitaciones, Colombia adoptó desde el 22 de julio de 2020, mediante la Ley 2022 los documentos tipo en ciertos Procesos de Contratación, que son 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 establecen los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representan buenas prácticas contractuales que procuran el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública y en la cual se garantiza los mínimos solicitados por la OCDE como son: i) el fomento a una amplia participación por parte de los potenciales competidores, incluidos los nuevos participantes y las pequeñas y medianas empresas; ii) el contener orientaciones claras e informadas sobre las especificaciones del bien o servicio a contratar, así como las condiciones contractuales y los criterios de evaluación y adjudicación y su ponderación. Frente a este punto, y atendiendo a lo enunciado en su consulta, la OCDE recomendó que, frente a criterios de ponderación en las licitaciones, se debe indicar si estas se basan únicamente en el precio, o si incluyen elementos mixtos precio/calidad o si dan cabida a objetivos secundarios de política, lo que en Colombia se ha cumplido, conforme a lo expuesto en el numeral 2.6 de este concepto.
- iii) Finalmente recomienda el recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor, y en efecto, mediante la Ley 1150 de 2007, Colombia dispuso que la licitación pública es la modalidad de selección de contratistas por excelencia, y las otras modalidades de contratación son la excepción, para lo cual dispuso causales taxativas de procedencia, cuya interpretación es restrictiva y no permite la aplicación de analogía, con el fin de lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos.

En ese orden de ideas, Colombia ha adoptado medidas normativas con el fin de cumplir las recomendaciones dadas por la OCDE en materia de contratación estatal, entendiendo que aquella es un pilar fundamental de la gobernanza estratégica, más aún cuando se tienen en cuenta el rol clave con el que juega las compras públicas en la economía, representando a nivel global un promedio del doce por ciento (12%) de su Producto Interno Bruto – en adelante PIB – lo que muestra su potencial para influenciar el desarrollo de los mercados. En lo que respecta a





nuestro país, las compras públicas representan el quince por ciento (15%) del PIB, lo que demuestra el papel protagónico que juega el Estado como motor dinamizador de la economía y, en consecuencia, que la contratación estatal se constituye como un canal a través del cual se ejecutan muchas políticas sociales, permitiendo que, adicional a su función típica de servir de instrumento de aprovisionamiento de obras, bienes y servicios, se agregue una adicional, la cual consiste en servir de instrumento de fomento de políticas públicas sociales, como la protección ambiental, la innovación, la reacción de empleo y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa.

3. Respuesta

“(i) que en Colombia no se está dando validez a los documentos apostillados aportados por las empresas españolas, como por ejemplo a los certificados de experiencia, y que algunas entidades solicitan también la apostilla de la firma del funcionario que emite el certificado, y no solo la apostilla del documento;

La experiencia obtenida en el extranjero es válida en los Procesos de Contratación adelantados por entidades estatales, tanto la obtenida mediante contratos suscritos con entidades públicas como la derivada de contratos celebrados con particulares, pues conforme se expuso en el presente concepto de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente para ejecutar el objeto a contratar.

Ahora bien, respecto de los documentos mediante los cuales se acredita la experiencia obtenida en el extranjero resulta importante indicar que estos deben cumplir con los requisitos de ley para adquirir validez como medio probatorio, en las actuaciones judiciales y administrativas realizadas en el territorio colombiano, requisitos que son distintos si se trata de documentos públicos y documentos privados.

Por un lado, un proponente extranjero que participa en un Proceso de Contratación ante una Entidad Estatal, aunque tenga derecho a trato nacional o reciprocidad, conforme a lo dispuesto en la Ley 455 de 1998, debe realizar el trámite de apostilla y/o legalización de los documentos públicos expedidos en el exterior, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961. Cuando en un Proceso de Contratación un proponente presenta un documento público legalizado de acuerdo con la Convención de la Haya, la Entidad Estatal no debe solicitar legalizaciones, autenticaciones o ratificaciones adicionales de ninguna autoridad nacional o extranjera, puesto que el trámite de la apostilla es suficiente para certificar por sí mismo la autenticidad.

Por otro lado, tratándose de documentos privados expedidos en el exterior, dado que no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998 que ratifica la Convención sobre Abolición del





Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, no les son aplicables estas disposiciones y, en consecuencia, podrán presentarse dentro de un proceso de selección sin cumplir con el trámite de apostilla y legalización, con el fin de acreditar la experiencia.

En ese contexto y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 2,3 y 4 de la Ley 455 de 1998, el trámite de la apostilla es suficiente para certificar por sí mismo la autenticidad de los documentos a los que les aplica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, tan sólo se exigirá la de legalización los documentos, entendida esta como el trámite mediante el cual los agentes diplomáticos o consulares del país en donde el documento ha de ser presentado certifican la autenticidad de la firma, a qué título ha actuado la persona que firma el documento y, cuando proceda, la indicación del sello o estampilla que llevare, es en la adición del certificado descrito en el artículo 4º de la mencionada Ley. Sin embargo, no puede exigirse el trámite mencionado en el párrafo anterior cuando ya sea las leyes, reglamentos o práctica en vigor donde el documento es exhibido o un acuerdo entre dos o más Estados Contratantes la han abolido o simplificado o dispensado al documento mismo de ser legalizado, como lo es en el caso de Colombia y España.

“(ii) que en ocasiones, reconocidas empresas españolas quedan fuera de algunas licitaciones en Colombia por incumplir alguno/s de los índices exigidos por entidades colombianas y que no corresponden, necesariamente, con la capacidad técnica de las empresas españolas al fijar ratios o indicadores obligatorios para la presentación de ofertas que son muy distintos de los que presentan las empresas europeas;

En Colombia, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, así como la capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para participar en los Procesos de Contratación en el país. Al respecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el “*Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes en los Procesos de Contratación*”, precisó que estos tienen como propósito el “establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación”.

En ese orden de ideas, las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato, deben estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza, al valor del contrato, a la forma de pago, a los riesgos, al plazo y a la complejidad de la ejecución del objeto,





como lo prevén el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015²⁶.

En consecuencia, una vez los requisitos de habilitación son fijados por la Entidad Estatal, quienes presenten ofertas deben acreditar que los cumplen. En caso contrario, las propuestas deberán rechazarse. Para tal efecto, los procesos de selección en Colombia están sujetos a etapas de observación por parte de los proponentes o interesados a participar, por lo que se recomienda que en dicha oportunidad se presenten las observaciones respectivas que limitan la participación de proponentes extranjeros, con el fin de que las Entidades Estatales puedan analizarlas, y en caso de considerar que sean procedentes, puedan ajustarlas con el fin de garantizar el principio de transparencia y selección objetiva que rige en la contratación estatal.

Por otra parte, es importante indicar que el RUP es, por regla general, el instrumento a través del cual los proponentes acreditan la capacidad financiera, jurídica, organizacional y la experiencia, y es plena prueba de las circunstancias que se hagan constar. No obstante, como se expuso en el numeral 2.1. las personas naturales o jurídicas extranjeras, sin domicilio o sucursal en Colombia, no están obligadas a inscribirse en el RUP. Por esta razón, frente a la acreditación de su experiencia en el extranjero, en estos casos específicos, le corresponde a las Entidades Estatales verificar directamente el cumplimiento de los requisitos por lo que se sugiere revisar los formatos sobre la acreditación de experiencia y la capacidad financiera y organizacional que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sugiere para la contratación con personas naturales o jurídicas extranjeras, incluidos en el “Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes en los Procesos de Contratación” que encuentra en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf

De igual forma, se aclara que en virtud del artículo 471 y siguientes del código de comercio, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, deberá establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional y por lo tanto deberá registrarse en el RUP, más aún si celebra contratos estatales, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, por lo que se sugiere también la revisión en la “Guía para la participación de Proveedores Extranjeros en Procesos de Contratación”, emitida por esta Agencia, y por medio de la cual se ofrece información y hace recomendaciones a los proveedores extranjeros interesados en participar en el Sistema de Compra Pública, que

²⁶ Así, por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un “presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra”, como lo indicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación.



Compartido por:



FORMATO PQRSD

Código: CCE-PQRS-D-FM-08

Versión: 02 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Agencia Nacional de Contratación Pública



Colombia Compra Eficiente

encuentra en el siguiente enlace:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_proveedores_extranjeros.pdf

Sin perjuicio de lo anterior, también es importante que los proponentes extranjeros revisen los certificados de trato nacional por reciprocidad expedidos por la directora de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran vigentes en virtud de lo dispuesto por el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, conjuntamente con el “Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en Procesos de Contratación” y el documento actualizado que contiene los «Valores a partir de los cuales son aplicables los Acuerdos Comerciales (Umbral)» que pueden ser consultados en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad>, aclarando que la cobertura de un Acuerdo Comercial dependerá de muchos factores, por lo que deberá analizarse caso a caso su aplicabilidad. En caso de tener dudas sobre su aplicación, sugerimos contactar al Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quienes coordinan la interpretación oficial de los Acuerdos Comerciales vigentes para el Estado colombiano.

(iii) que las empresas españolas, que se financian con banca local o con financiación con apoyo oficial bajo criterios del consenso OCDE, quedan fuera de ciertas licitaciones únicamente por este motivo y esto se percibe, en algunas licitaciones como falta de competencia real cuando el criterio de adjudicación se basa estrictamente en precios y no entran en consideración otras cuestiones, como capacidad técnica o calidad, entre otros elementos. Determinadas ofertas se sitúan por debajo del mercado al ir acompañadas de financiación estatal, con condiciones mucho más ventajosas que las que ofrece el mercado o las que pueden ofrecer otros países con apoyo oficial bajo los criterios del consenso OCDE.” (sic).

En los Procesos de Contratación adelantados bajo la modalidad de selección de licitación pública en Colombia, que resulta ser la modalidad de selección de contratistas por regla general, el criterio de escogencia no está determinado únicamente por el valor, por el contrario, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dispuso que las entidades estatales deben diseñar en sus pliegos de condiciones, criterios que contengan tanto factores técnicos y económicos de escogencia, siendo la oferta más ventajosa 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.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

Versión: 02

Código: CCE-PQRS-D-FM-08

Fecha: 28 de septiembre de 2022

Página 29 de 31



La escogencia entre una u otra alternativa corresponderá determinarla a cada una de las entidades estatales a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones.

En ese sentido, cuando la Entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, el mecanismo utilizado comúnmente es el otorgar un peso porcentual a cada factor de calificación, cuya estructuración porcentual o peso en los puntajes deberá corresponder en todo caso a los mínimos exigidos en nuestra normatividad cuando se trate de puntajes obligatorios a asignarse por Ley y a aquellos criterios técnicos que considere pertinentes la Entidad Estatal darle mayor peso en la selección de ofertas, por el contrario cuando la entidad estatal escoge el seleccionar el ofrecimiento más favorable conforme a un análisis de la relación costo-beneficio, no habría necesidad de acudir obligatoriamente a sistemas de asignación de puntaje, pues aquí el artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establecieron unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Así las cosas, la oferta más favorable en esta última alternativa es ponderando las ofertas de la siguiente forma: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y, iv) el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta, para posteriormente restar el precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, cuyo resultado dará que La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

Aunado a ello, Colombia adoptó mediante la Ley 2022 de 2020 los documentos tipo en ciertos Procesos de Contratación, que son 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 establecen los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representan buenas prácticas contractuales que procuran el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública y en la cual se garantiza los mínimos solicitados por la OCDE como lo es el fomento a la participación por parte de los potenciales competidores, incluidos los nuevos participantes y las pequeñas y medianas empresas y el contener orientaciones claras e





informadas sobre las especificaciones del bien o servicio a contratar, así como las condiciones contractuales y los criterios de evaluación y adjudicación y su ponderación. Frente a este punto, y atendiendo a lo enunciado en su consulta, la OCDE recomendó que, frente a criterios de ponderación en las licitaciones, se debe indicar si estas se basan únicamente en el precio, o si incluyen elementos mixtos precio calidad o si dan cabida a objetivos secundarios de política, lo que en Colombia se ha cumplido, pues como se expuso en la licitación pública los factores de escogencia corresponden no sólo al valor de la oferta económica, sino también a factores técnicos, que puede incluir ponderación de elementos de calidad y precio soportados en puntajes o en fórmulas que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad que se deben estipular en el pliego de condiciones y que resultan ser vinculantes.

De tal forma que, de lo expuesto en la observación se puede indicar que no es cierto que el único criterio de escogencia en Colombia en los procesos de selección por licitación pública sea el precio, pues se incluyen condiciones técnicas y de calidad para dicha ponderación, conformen lo solicitan en la observación, por otra parte, frente al rechazo de ofertas presentadas por empresas españolas, únicamente por que se financian con banca local o con financiación con apoyo oficial, no se encuentra relación alguna frente a los criterios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para la escogencia de contratistas, por lo que para pronunciarnos de fondo sobre el tema, se requiere conocer mayores detalles al respecto.

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: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual

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

