Colombia Compra Eficiente

Bogotá D.C., **07/01/2020 Hora 12:41:36s**

N° Radicado: 2202013000000038

Señor
Santiago Andrés Sánchez
Ciudad

Radicación:	Respuesta a consulta # 4201912000008455
Temas:	Documentos Tipo, otros
Tipo de asunto consultado:	Acreditación aportes al sistema de seguridad social, experiencia, corrección aritmética, capacidad organizacional, registro mercantil y ofertas con precios artificialmente bajos en procesos que aplican Documentos Tipo

Estimado señor Sánchez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de diciembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

- **Problema planteado**

El peticionario presenta los siguientes interrogantes relacionados con los Documentos Tipo:

"1. La entidad puede rechazar a un proponente persona jurídica porque el representante legal no se encuentra afiliado directamente con la empresa, si no de manera independiente?

"2. Puede una entidad excluir de la matriz de experiencia para obra de mejoramiento, la categoría vías urbanas? Lo anterior con el argumento que cuando Colombia Compra en la matriz establece Y/O es para darle la potestad a las entidades de decidir?

“3. Si una entidad en el presupuesto oficial publicado por ellos tiene un valor oficial $100,75 pesos, y algunos oferentes en su propuesta ofertan el valor unitario de la misma manera, $100,75 debe la entidad aplicarles la regla de redondo y por ende rechazarlos?

“4. Puede una entidad estatal solicitar lo presupuestos y desgloses de los componentes PAGA, PMT, GESTION SOCIAL?

“5. Para acreditar la capacidad organizacional, el numeral 2 para las personas naturales como se debe acreditar?

“6. Los conceptos emitidos por ustedes sobre controversias en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades?

“7. Los ingenieros civiles que son contratistas en su condición de persona natural están obligados a tener registro mercantil?

“8. Existen algunos lineamientos para evaluar las explicaciones a los precios artificialmente bajos, o es discrecionalidades del comité evaluador?

- **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente no es competente para resolver consultas referidas a actividades contractuales específicas de las Entidades Estatales, ni para intervenir en el desarrollo de los procedimientos de contratación que estas tramitan, sin embargo, como esta entidad es la encargada de la implementación y desarrollo de los Documentos Tipo, se dará respuesta de manera general.

2.1 Acreditación del Sistema de Seguridad Social

Esta Subdirección, en el concepto identificado con el radicado No. 4201912000006748 del 1 de octubre de 2019, se pronunció sobre la forma de cumplimiento de la obligación de pagos de seguridad social y aportes legales en los Documentos Tipo. La tesis propuesta en este concepto es la que se expone a continuación.

2.1.1. Acreditación del Sistema de Seguridad Social por parte de las personas jurídicas

En relación con la acreditación del pago al sistema de seguridad social, la Ley 789 de 2002, en el artículo 50, estableció como obligación de quien quiere celebrar, renovar o liquidar contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, cumplir con las obligaciones a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Asimismo, faculta a la entidad estatal, al momento de liquidar los contratos, para verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron cotizar[1].

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

---

[1] Ley 789 de 2002: "Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

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

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

"Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta".

Esta norma fue analizada en una sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 8 de junio de 2011, en el Radicado No. 20001-23-31-000-2005-00409-01(AP), consejero ponente Enrique Gil Botero, donde consideró que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene por objeto evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales, y para lograr esa finalidad el legislador impuso a las entidades estatales la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y durante la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes al sistema de seguridad social[2]. Por lo tanto, la jurisprudencia reiteró la necesidad de que las entidades estatales, durante la ejecución de un contrato, verifiquen el cumplimiento de las obligaciones del sistema de seguridad social por parte de los oferentes.

Ahora, el numeral 3.4.1 del Documento Base establece que la persona jurídica debe presentar el Formato 6- Pagos de seguridad social y aportes legales suscrito por el Revisor fiscal o el representante legal que acredite el pago a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano y Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje. No obstante, si la persona jurídica está exonerada en los términos previstos del artículo 65 de la Ley 1819 de

---

[2] En todo caso, el legislador impone la obligación a los oferentes (cuando éstos sean personas jurídicas) de acreditar el requisito señalado en el acápite anterior. Si el funcionario responsable no deja constancia de la verificación de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

"De la disposición referenciada la Sala concluye lo siguiente:

"1. El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene como principal objetivo evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, las Cajas de compensación y el Sena.

"2. Para lograr la finalidad señalada, el legislador impuso a las entidades públicas la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y en la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes respectivos, no desconociendo los derechos reconocidos a los trabajadores.

"3. No obstante lo anterior, la norma otorga la posibilidad de que aquella entidad pública que durante la ejecución del contrato no haya solicitado las certificaciones del pago de los aportes parafiscales y a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, lo haga en el momento de la liquidación, cerciorándose de que las obligaciones referenciadas se han cumplido durante el tiempo de vigencia del negocio jurídico.

"4. Cuando se contrate con personas jurídicas, la obligación se extiende también a la comprobación de aquellos aportes que corresponde por ley realizar a sus empleados, a través de certificación expedida por el revisor fiscal cuando este sea necesario o por el representante legal de la entidad.

"5. En caso de que se compruebe un incumplimiento en el pago de los aportes parafiscales y al Sistema General de Seguridad Social, la ley otorga la facultad a la entidad pública de retener el monto adeudado y hacer las consignaciones correspondientes".

2016 así se debe indicar en el Formato 6- Pagos de seguridad Social y aportes legales. Así se determinó en los siguientes términos:

3.4.1. PERSONAS JURÍDICAS

El Proponente persona jurídica debe presentar el Formato 6 – Pagos de seguridad social y aportes legales suscrito por el Revisor Fiscal, de acuerdo con los requerimientos de Ley, o por el Representante Legal, bajo la gravedad del juramento, cuando no se requiera Revisor Fiscal, en la que conste el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar.

Cuando la persona jurídica está exonerada en los términos previstos en el artículo 65 de la Ley 1819 de 2016 debe indicarlo en el Formato 6 – Pagos de seguridad social y aportes legales.

Esta misma previsión aplica para las personas jurídicas extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia las cuales deberán acreditar este requisito respecto del personal vinculado en Colombia.

Por su parte, el Formato 6 señala la forma en la cual se debe diligenciar el mismo, y este pone varios supuestos, los cuales se explicarán a continuación:

i) El primer párrafo se debe diligenciar cuando el Representante Legal de la persona jurídica suscribe el Formato y certifica el pago de los aportes a salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje durante los últimos seis (6) meses contados a partir de la fecha de cierre del presente proceso de selección. En este caso, la persona jurídica tiene más de seis (6) meses de constituida.

ii) El segundo párrafo se debe diligenciar en el caso que el revisor fiscal es el que diligencia el Formato 6 y certifica el pago de los aportes a salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje pagados por la compañía durante los últimos seis (6) meses contados a partir de la fecha de cierre del presente proceso de selección. En este caso, la persona jurídica tiene más de seis (6) meses de constituida.

iii) El cuarto párrafo se debe diligenciar cuando la persona jurídica no tiene más de seis (6) meses de constituida y el que va a firmar el Formato 6 es el Representante Legal; por su parte se acreditará el pago del Sistema de Seguridad Social y aportes a las

Cajas de Compensación Familiar, ICBF y SENA desde la fecha de la constitución de la persona jurídica.

iv) El quinto párrafo se debe diligenciar cuando la persona jurídica no tiene más de seis (6) meses de constituida y el que va a firmar el Formato 6 es el Representante Legal. Ahora, se acreditará el pago de los aportes de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, (Articulo 65 Ley 1819 de 2016), pagados por la compañía a partir de la fecha de constitución de la persona jurídica.

v) Finalmente, se deberá diligenciar la última parte del Formato 6- Pagos de Seguridad Social y Aportes Legales en los casos en que el oferente no se encuentra en la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud. Esta parte se podrá diligenciar tanto por el Representante Legal como el Revisor Fiscal.

2.1.2. Acreditación del Sistema de Seguridad Social por parte de las personas naturales

Ahora, en relación con las personas naturales también se exigirá la presentación del Formato 6- Pagos de Seguridad Social y Aportes Legales para que se acredite el pago de sus aportes y el de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales y aportes a la Caja de Compensación Familiar, ICBF y Servicio Nacional de Aprendizaje. Ahora, si la persona natural no tiene personal a su cargo, deberá acreditar el pago de sus aportes descritos cuando a ellos hubiera lugar. Así se definió en los siguientes términos:

> **3.4.2. PERSONAS NATURALES**
>
> El Proponente persona natural deberá presentar el Formato 6 – Pagos de seguridad social y aportes legales, en la que conste el pago de sus aportes y el de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar, junto con las planillas de pago respectivas.
>
> Cuando el Proponente sea una persona natural sin personal, deberá acreditar el pago de sus aportes descritos cuando a ello haya lugar de acuerdo con la normativa aplicable.

> Esta misma previsión aplica para las personas naturales extranjeras con domicilio en Colombia las cuales deberán acreditar este requisito respecto del personal vinculado en Colombia.

Ahora, en relación con el diligenciamiento del Formato 6 por parte de las personas naturales se diligenciará de la siguiente forma:

i) El primer párrafo se deberá diligenciar por parte de la persona natural que presenta la oferta para acreditar el pago suyo y el de sus empleados al sistema de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje.

ii) Ahora, también se deberá diligenciar el segundo párrafo en el caso que la persona natural se encuentra exonerada en el pago de seguridad social por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso.

Por lo tanto, la persona natural que acredita estar al día en el pago de seguridad social y aportes parafiscales al SENA, ICBF y se encuentre exonerada del pago de los empleados que tiene a su cargo deberá diligenciar el primer y segundo párrafo del Formato 6- pagos de seguridad social y aportes legales para las personas naturales.

Explicado el requisito del "Certificado de Pago de Seguridad Social" en los Documentos Tipo, y, además, el diligenciamiento del Formato 6. Se dará respuesta a cada una de sus inquietudes.

En la primera pregunta, usted señala ¿si los formatos de acreditación de paz y salvo en los pagos de seguridad social son modificables? El Decreto 342 de 2019, en el artículo 2.2.1.2.6.1.2 señala que los Documentos Tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, entre estos documentos se encuentra el Formato 6- Pagos de Seguridad Social y aportes Legales[3]. Por lo tanto, las

---

[3] Decreto 342 de 2019: "2.2.1.2.6.1.2. Alcance. Los Documentos Tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Estos documentos son:
(…)

"C. FORMATOS
(…)

entidades deben aplicar de forma obligatoria el Formato 6 referido al Pago de Seguridad Social y aportes legales.

Ahora, el Decreto 342 de 2019, en el artículo 2.2.1.2.6.1.4, se establece que las entidades no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo.

En este sentido, en virtud de los artículos 2.2.1.2.6.1.2 6 y 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015 es obligatorio el uso del Formato 6 - Certificación de Pagos de Seguridad Social y Aportes Legales y no es posible modificar su contenido.

Ahora, usted también pregunta: ¿si una empresa no está obligada a pagar ICBF y SENA, pero aun así presenta el formato diciendo que está paz y salvo en el pago de esto, puede ser rechazado argumentando que está presentando información inexacta o no veraz?

En primer lugar, es importante indicar que el legislador al prever la obligatoriedad del pago al Sistema de Seguridad Social como un requisito al momento de presentar la oferta se previó como una forma para evitar la evasión al pago del Sistema de Seguridad. Así lo reiteró, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia con Radicado No. 20001-23-31-000-2005-00409-01(AP), consejero ponente Enrique Gil Botero al señalar que, i) el principal objetivo del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 es evitar la evasión por parte de los empleadores en las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social y de los aportes parafiscales destinados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Cajas de Compensación y el Sena, y además, ii) como una forma para garantizar el propósito de esta ley las entidades deben verificar en los procesos de selección de contratistas y en la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes respectivos.

Por lo tanto, la entidad deberá verificar que los oferentes no estén evadiendo el pago al Sistema de Seguridad Social teniendo el deber de realizarlo. Ahora, si el oferente realiza el pago de Sistema de Seguridad Social aun cuando no se tiene la obligación, esta no será una razón para rechazarle la oferta, porque no está evadiendo ningún pago al Sistema de Seguridad Social.

Además, es importante señalar que si el oferente diligencia en indebida forma el “Formato 6- Pagos de seguridad social y aportes legales” y certifica que realizó el pago al Sistema

---

“6. Formato 6 - Pagos de seguridad social y aportes legales”.

de Seguridad Social cuando estaba exonerada en el pago, la entidad tiene la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas y solicitará aclaración a los oferentes. La Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de abril de 2014, radicado No 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) con ponencia de Enrique Gil Botero, señaló la diferencia entre subsanar y aclarar las propuestas, estableciendo que el primero se predica de la oportunidad que tienen los proponentes de aportar un requisito que no otorga puntaje y no fue aportado con la propuesta inicial; el segundo por su parte, se refiere a aspectos confusos, contradictorios o que generan duda con relación a los requisitos y documentos que se encuentran en la propuesta, incluidos aquellos que otorgan puntaje. Así lo señaló el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

> Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que "aclare" y "explique" lo que necesite esclarecimiento.
>
> "7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables." (Negrillas fuera de texto)
>
> De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará "a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.
>
> De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.
>
> En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué "solicitar a los proponentes las

aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?

En el caso que, una persona jurídica, por medio de su representante legal o revisor fiscal, diligencie el Formato 6- Certificación de Pagos de Seguridad Social, señalando que se encuentra al día en el pago de seguridad social y aportes legales, aun cuando estaba exenta en el pago del Sistema de Seguridad Social. La entidad deberá solicitar aclaración frente ese aspecto, pero no podrá rechazarle la oferta por sólo este motivo; y aun si el oferente se equivocó en el diligenciamiento como el objetivo del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 es evitar la evasión del pago al Sistema de Seguridad Social, si el oferente acredita el pago del Sistema de Seguridad Social aun cuando estaba exonerado en el pago no será posible el rechazar su oferta porque en este caso no se demuestra que el oferente evadió el pago al Sistema de Seguridad Social estando en la obligación de realizarlo.

Finalmente, usted realiza la siguiente pregunta: ¿si un proponente está exento del pago de alguna información del formulario 6, debe modificar el modificar el formulario o puede certificar que se encuentra a paz y salvo? Tal y cómo se mencionó previamente, el Formato 6 – Certificado de pago de Seguridad Social se diligenciará dependiendo si es una persona natural o jurídica la que presenta la oferta, y además, si está en la obligación de acreditar el pago al Sistema de Seguridad Social o se encuentra exento. En este sentido, no es posible modificar el Formato 6- Pagos de Seguridad Social y Aportes Legales.

Si se refiere a una persona jurídica se deberá diligenciar la última parte del Formato 6- Pagos de Seguridad Social y Aportes Legales en los casos en que el oferente no se encuentra en la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud. Esta parte se podrá diligenciar tanto por el Representante Legal como el Revisor Fiscal.

Ahora, si es la persona natural acredita estar al día en el pago de seguridad social y aportes parafiscales al SENA, ICBF y se encuentre exonerada del pago de los empleados que tiene a su cargo deberá diligenciar el primer y segundo párrafo del Formato 6- pagos de seguridad social y aportes legales para las personas naturales.

2.2. Exigencia de Experiencia en Documentos Tipo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la forma de establecer la experiencia exigible en procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte

que aplican Documentos Tipo[4]. Dentro de estos, la respuesta a la consulta con radicado de entrada No 4201912000005628 del 20 de agosto de 2016 con radicado de salida No 2201913000006581 del 5 de septiembre de 2019, explicó los supuestos que deben tener en cuenta las entidades para fijar la experiencia. La tesis desarrollada en estos conceptos es la que se expone a continuación.

En el "Documento Base o Pliego Tipo" se encuentran los requisitos habilitantes, criterios de ponderación y calificación de las propuestas, causales de rechazo, así como las reglas de elaboración y presentación de las propuestas, y demás reglas del proceso de contratación. Este documento no puede ser modificado, con excepción de los aspectos incluidos en corchetes y resaltado en gris que deben ser diligenciados por la Entidad.

El numeral 3.5 del "Documento Base o Pliego Tipo" establece que los Proponentes deben acreditar su experiencia a través de: i) la información consignada en el RUP para quienes estén obligados a tenerlo y ii) la presentación el Formato 3 – Experiencia para todos los Proponentes. El numeral 3.5.1 señala las características que deben cumplir los contratos o certificaciones aportados para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.2 enuncia los aspectos para analizar la experiencia acreditada; el numeral 3.5.3 señala los códigos del "clasificador de bienes, obras y servicios de las naciones unidas" en los cuales se deben encontrar clasificados los contratos aportados para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.4 establece la información mínima que deben contener los documentos válidos para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.5 define los documentos válidos para acreditar experiencia; el numeral 3.5.6 señala las reglas para la acreditación de experiencia a través de subcontratos; y el numeral 3.5.7 establece el valor mínimo que se debe acreditar con relación al presupuesto oficial de acuerdo con el número de contratos aportados.

Específicamente, el numeral 3.5.1 establece las características que deben cumplir los contratos o certificaciones que se aporten para la acreditación de experiencia. Señala el literal A:

> A. Que las actividades ejecutadas correspondan a [Actividad o actividades señaladas en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**] y guarden relación directa con el objeto del contrato.

[4] Al respecto se pueden consultar las respuestas a las consultas 4201912000004262 del 25 de junio de 2019, 4201912000004426 del 3 de julio de 2019, 4201912000005320 del 6 de agosto de 2019, 4201912000005416 del 10 de agosto de 2019, 4201912000005609 del 16 de agosto de 2019, 4201912000006151 del 9 de septiembre de 2019, 4201912000007034 del 11 de octubre de 2019, 4201912000008368 del 16 de diciembre de 2019, entre otros.

La “Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de licitación de obra de infraestructura de transporte”, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, estableció sobre este literal la siguiente recomendación:

> ***Consejo para la Entidad***
>
> *La Entidad no podrá incluir actividades distintas a las señaladas en la Matriz 1 – Experiencia salvo lo dispuesto en el Artículo 2.2.1.2.6.1.5. del Decreto 1082 de 2015.*

En cuanto a la interpretación que corresponde a este literal, de acuerdo con la introducción del “Documento Base o Pliego Tipo”, los aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris deben ser diligenciados por la Entidad, en este caso, únicamente con las actividades válidas para acreditar experiencia de acuerdo con las “actividades a contratar” definidas en la Matriz 1- Experiencia.

De esta manera, cuando el literal “A” señala que las actividades “guarden relación directa con el objeto del contrato”, implica que la entidad estatal para establecer la experiencia del proceso de contratación debe identificar en la “Matriz 1 – Experiencia” la “actividad a contratar” que corresponde al objeto del proceso de contratación y con base en esta actividad, definir la experiencia general y especifica exigible de acuerdo con la siguiente metodología:

Para definir la experiencia exigible, la entidad estatal, en la etapa de planeación, debe tener en cuenta: i) el alcance del objeto a contratar, ii) el tipo de infraestructura, iii) las actividades definidas en la Matriz 1- Experiencia y iv) la cuantía del proceso de contratación. Por lo tanto, debe seguir los siguientes pasos:

a) Identificar en la Matriz 1- Experiencia, el tipo de infraestructura sobre el cual recae la obra a ejecutar. Al respecto esta matriz contiene ocho (8) secciones: 1. OBRAS EN VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS. 2. OBRAS EN VIAS TERCIARIAS. 3. OBRAS MARITIMAS Y FLUVIALES. 4. OBRAS EN VIAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O TERCIARIAS PARA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS DIFERENTES A CONTRATACIÓN DIRECTA. 5. OBRAS FERREAS. 6. OBRAS INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA. 7. OBRAS EN PUENTES. 8. OBRAS AEROPORTUARIAS.

b) Una vez definido el tipo de infraestructura, identificar la “ACTIVIDAD A CONTRATAR” acorde con la Matriz 1- Experiencia.

La “Actividad a contratar” corresponde a la obra que pretenda ejecutar la entidad estatal de acuerdo con el objeto y su alcance. En este sentido, la entidad debe identificar cuál o cuáles de las actividades a contratar definidas en la “Matriz 1 – Experiencia” corresponden a las obras que ejecutará y de esta manera solicitar la experiencia que corresponde.

c) Identificar el rango en el cual se encuentra el Proceso de Contratación de acuerdo con el presupuesto oficial.

d) Identificar la “experiencia general” exigible acorde con la Matriz 1- Experiencia teniendo en cuenta la actividad a contratar y el rango de la cuantía del Proceso de Contratación.

e) Identificar la "experiencia específica” exigible y el porcentaje de dimensionamiento que se puede solicitar acorde con la longitud a ejecutar de acuerdo con la cuantía del proceso de contratación. En los casos que en la “experiencia específica” se indique las siglas “N.A” o esté en blanco, significa que la entidad estatal no puede exigir a los proponentes ningún tipo de experiencia específica en los procesos de contratación.

En este sentido, la experiencia se exigirá de acuerdo con el tipo de infraestructura, la actividad a contratar y la cuantía del Proceso de Contratación. Por ejemplo, si el objeto del Proceso es la “CONSTRUCCIÓN DE PLACA HUELLA” con un presupuesto oficial estimado de 10.000 SMMLV, la entidad estatal debe identificar en la “Matriz 1- Experiencia”:

a) Tipo de infraestructura: “2. OBRAS EN VIAS TERCIARIAS”.
b) “Actividad a contratar”: “2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS”.
c) Rango de cuantía en el cual se encuentra el Proceso de Contratación: “Entre 1.001 y 13.000 SMMLV”.
d) Experiencia general: “CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS TERCIARIAS O VÍAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS”.
e) Experiencia especifica: “Por lo menos un (1) contrato cuya longitud intervenida corresponda al 50% de la longitud de la vía a construir mediante el proceso de contratación”.

De acuerdo con el ejemplo propuesto, la entidad estatal deberá diligenciar en el “Documento Base”, “literal A” del numeral 3.5.1 así:

A. Que las actividades ejecutadas correspondan a:

> **Experiencia general**: "CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS TERCIARIAS O VÍAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS".
> **Experiencia especifica**: "Por lo menos un (1) contrato cuya longitud intervenida corresponda al 50% de la longitud de la vía a construir mediante el proceso de contratación".

En este sentido, la entidad estatal sólo puede exigir la experiencia general y especifica prevista en la Matriz 1- Experiencia, en las condiciones allí previstas, sin que sea viable exigir actividades o cantidades adicionales o modificar, suprimir, adicionar las actividades válidas para la acreditación de experiencia, es decir, la experiencia se debe solicitar con la descripción completa que corresponda a la experiencia general y especifica.

Finalmente, la experiencia especifica solamente se podrá solicitar cuando la "Matriz 1- Experiencia" la contemple de acuerdo con la actividad a contratar y el rango de la cuantía del proceso de contratación, de lo contrario, únicamente se solicitará experiencia general.

2.3. Corrección aritmética de las propuestas

Esta Subdirección en el concepto con radicado No. 4201912000006350 del 17 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en el concepto con radicado No. 4201912000006447, 4201912000006455 y 4201912000006463 del 19 de septiembre de 2019, radicado No. 4201912000006723 del 30 de septiembre, se pronunció sobre las reglas para la corrección aritmética de las propuestas en los Documentos Tipo. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación.

El numeral 4.1.2 del "Documento Base o Pliego Tipo" establece las reglas para efectuar la corrección aritmética de las ofertas económicas:

> **"4.1.2. CORRECCIONES ARITMÉTICAS**
>
> La Entidad sólo efectuará correcciones aritméticas originadas por:
>
> A. Todas las operaciones aritméticas a que haya lugar en la propuesta económica.
> B. El ajuste al peso ya sea por exceso o por defecto de los precios unitarios contenidos en la propuesta económica de las operaciones aritméticas a que haya lugar y del valor del IVA, así: cuando la fracción decimal del peso sea igual o superior a punto cinco (0.5) se aproximará por exceso al número entero siguiente del peso y cuando la fracción decimal del peso sea inferior a punto cinco (0.5) se aproximará por defecto al número entero.

> La Entidad a partir del valor total corregido de las propuestas asignará máximo setenta (70) puntos acumulables de conformidad con el procedimiento del numeral 4.1.4."

El "Documento Base o Pliego Tipo" contempla la forma de corregir las operaciones aritméticas y las aproximaciones de las cifras decimales. Por lo tanto, la entidad durante la etapa de evaluación de las ofertas económicas de los proponentes habilitados debe verificar con base en la información registrada en el "Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial", cada una de las operaciones aritméticas que permitan verificar el valor real ofertado por el proponente. Ejemplo[5]: el proponente oferta en el "Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial" como "valor unitario" del *ítem* 450.1.2P la suma de $618.720,00, por lo cual la entidad debe verificar que dicho valor corresponda al "valor total" ofertado para ese *ítem* de acuerdo con las cantidades requeridas y que la sumatoria de la totalidad de *ítems* incluye la diferencia producto de la corrección:

- Valor ofertado por el proponente:

ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UND.	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
	GENERAL	PARTICULAR					
450.1.2P		450.1.2P	Mezcla densa en caliente Tipo MDC-25 para capa intermedia	m3	8.458,00	$ 618.720,00	$ 5.232.973.058,00

El valor producto de la multiplicación entre las cantidades requeridas y el "valor unitario" ofertado por el proponente no corresponde al "valor total" registrado por el proponente en el "Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial" para dicho *ítem*. En este evento la entidad debe efectuar la corrección aritmética e incluir el valor total que corresponde, así:

- Valor con corrección aritmética

ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UND.	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
	GENERAL	PARTICULAR					
450.1.2P		450.1.2P	Mezcla densa en caliente Tipo MDC-25 para capa intermedia	m3	8.458,00	$ 618.720,00	$ 5.233.133.760,00

[5] Tomado del formulario de presupuesto oficial del proceso de Licitación Pública No LP-DO-003-2018 que tiene por objeto la "GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL, AMBIENTAL Y CONSTRUCCIÓN DE LA VARIANTE DE SAN GIL EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER" tramitado por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el valor obtenido de la operación aritmética incluya decimales, se debe aproximar al número entero superior o inferior, de acuerdo con la regla fijada en el literal B del numeral 4.1.2., así, en el supuesto que el "valor total" del ejemplo propuesto fuera $5.233.133.760,65 se aproximará por exceso al número entero siguiente $5.233.133.761,00, o si el "valor total" fuera $ 5.233.133.760, 21 se aproximará por defecto al número entero, así: $ 5.233.133.760,00.

La entidad debe realizar la verificación de los valores ofertados y la corrección aritmética, cuando esta se requiera, para cada una de las cifras registradas en el "Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial" que tengan operaciones aritméticas y previo a seleccionar y aplicar el método de ponderación que corresponda de acuerdo con el numeral 4.1.4 del "Documento Base". Realizado lo anterior, la entidad tomará el valor total de la propuesta económica para asignar el puntaje por este criterio de ponderación.

Tenga en cuenta que una vez realizada la corrección aritmética de la propuesta, la entidad debe verificar que el valor total de la propuesta económica producto de aplicar el procedimiento establecido en el numeral 4.1.2 no presente una diferencia mayor o igual al uno por ciento (1%), por exceso o defecto, con respecto al valor registrado en el "Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial", es decir, la entidad debe contrastar el valor total ofertado por el proponente y el valor total resultante de la corrección aritmética y corroborar si existe una diferencia mayor o igual al porcentaje señalado previamente. Cuando esta diferencia por exceso-supere-o por defecto-sea menor-, se configura la causal de rechazo "L" del numeral 1.15 del "Documento Base".

2.4. Capacidad organizacional

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, los indicadores de capacidad organizacional "miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado", estos indicadores son:

Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio.
Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total.

Para la acreditación de los indicadores de capacidad financiera y organizacional en procesos que aplican Documentos Tipo, el numeral 3.9 establece las siguientes reglas:

3.9 ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL

3.9.1. PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS NACIONALES Y EXTRANJERAS CON DOMICILIO O SUCURSAL EN COLOMBIA

La evaluación financiera y organizacional de las propuestas se efectuará a partir de la información contenida en el RUP vigente y en firme, con información financiera de fecha de corte a [fecha de corte para la verificación]. Para personas jurídicas constituidas en el año en que se adelanta el proceso de contratación, la evaluación financiera y organizacional de las propuestas, se efectuará a partir de la información contenida en el Registro Único de Proponentes (RUP) vigente y en firme. Las personas jurídicas extranjeras con sucursal en Colombia deberán justificar y acreditar que la legislación propia del país de origen establece una fecha de corte diferente a la prevista en este pliego.

Los Proponentes extranjeros sin domicilio o sucursal en Colombia no están obligados a tener RUP y por tanto la verificación de esta información procederá en los términos definidos en el numeral 3.9.2.

3.9.2. PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS EXTRANJERAS SIN DOMICILIO O SUCURSAL EN COLOMBIA

Los Proponentes extranjeros deberán presentar la siguiente información financiera de conformidad con la legislación propia del país de origen. Los valores deben: (i) presentarse en pesos colombianos; (ii) convertirse a la tasa de cambio de la fecha de corte de los mismos, y (iii) estar avalados con la firma de quien se encuentre en obligación de hacerlo de acuerdo con la normativa del país de origen.

A. El estado de situación financiera (balance general) y estado de resultado integral (estado de resultados), acompañados por el informe de auditoría (sí aplica de acuerdo con la legislación de origen) con traducción oficial al castellano de acuerdo con las normas NIIF.

B. Copia de la tarjeta profesional del Contador Público o Revisor Fiscal y certificado de antecedentes disciplinarios vigente expedido por la Junta Central de Contadores de quien realiza la conversión.

C. El Formato 4 – Capacidad financiera y organizacional para extranjeros diligenciado. En caso de presentarse discrepancias entre la información consignada en el Formato 4 – Capacidad financiera y organizacional para extranjeros y los documentos señalados en el Literal A, prevalecerá la información consignada en los estados financieros incluidos en la oferta.

La fecha de corte de los documentos señalados en el Literal A será a 31 de diciembre de [fecha de corte para la verificación.], acompañado del Informe de Auditoría salvo que se acredite en debida forma que la legislación propia del país de origen establece una fecha de corte diferente a la prevista en este Pliego.

Si alguno de estos requerimientos no aplica en el país del domicilio del Proponente extranjero, el Representante Legal o el apoderado en Colombia deberán hacerlo constar

bajo la gravedad de juramento en el Formato 4 – Capacidad financiera y organizacional para extranjeros. El Proponente podrá acreditar este requisito con un documento que así lo certifique emitido por una firma de auditoría externa.

Si los valores de los Estados Financieros están expresados originalmente en una moneda diferente a US$, estos deberán convertirse a pesos en los términos definidos en la sección 1.13.

2.5. Registro mercantil para personas naturales como requisito en procesos de licitación de obra Pública

Esta Subdirección, en el concepto identificado con el radicado No. 4201912000004782 del 30 de octubre de 2019, reiterado en el concepto 4201912000005754 del 4 de octubre de 2019 y en el concepto con radicado 4201913000007896 del 25 de noviembre de 2019, se pronunció sobre la exigencia del registro mercantil en los procesos de contratación. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación.

El registro mercantil tiene "por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad"[6]. Así, la matrícula mercantil es un medio de identificación y da publicidad a la condición de comerciante, la cual, de acuerdo con el artículo 10 del Código de Comercio, se reputa de aquellas personas que se ocupan profesionalmente de una o varias de las actividades que el mismo código considera como comerciales en el artículo 20 y 21[7].

El artículo 20 del Código de Comercio, en el numeral 15, define como mercantil "Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones". Por su parte, el artículo 11 del mismo estatuto dispone que "las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones". Así mismo, el artículo 23 señala las actividades que no pueden considerarse mercantiles, y por lo tanto no requiere que la persona se inscriba en el registro mercantil[8].

---

[6] Código de Comercio, artículo 26: "El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad".

[7] Código de Comercio: "Artículo 10. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

"La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona".

[8] Código de Comercio: "artículo 23: No son mercantiles:

Con relación al registro mercantil, el Consejo de Estado se ha pronunciado estableciendo que la finalidad del registro es ser un instrumento que cuente con la información de las personas consideradas comerciantes:

> Regulado por el artículo 26 del Código de Comercio, se encuentra que tiene por objeto hacer la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de los actos, libros y documentos, de acuerdo con las disposiciones legales. De lo anterior se deduce que la matrícula es el registro a que están obligadas todas las personas que ejercen regularmente el comercio, lo mismo que en relación con sus establecimientos de comercio[9].

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre la naturaleza jurídica del registro mercantil, señalando que este es un instrumento que le permite al público el conocimiento de datos relevantes del tráfico mercantil, la calidad de comerciante de una persona y las actividades propias de este. Así mismo, para la Corte el registro mercantil no es un requisito para la validez y existencia de los actos jurídicos, sino una herramienta de publicidad de estos y, por lo tanto, oponibles a terceros:

> A diferencia de otros registros que son de naturaleza real, como el registro inmobiliario, el registro mercantil es de naturaleza personal porque lo inscrito es la persona misma en su condición de comerciante y los hechos y actos que a él lo afectan frente a terceros. Usualmente se le reconoce un carácter meramente declarativo, en cuanto es simplemente un mecanismo de publicidad de ciertos hechos o actos relevantes en el tráfico mercantil. Es decir, la inscripción en el registro no es un requisito de aquellos que son necesarios para la existencia o para la validez de los actos jurídicos inscritos, sino que únicamente los hace conocidos y por lo tanto "oponibles" a los terceros. Así, una vez hecho el

---

"1) La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;

"2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;

"3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;

"4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

"5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".

[9] Consejo de Estado, Sección cuarta, sentencia con radicado 11001-03-27-000-2010-00051-00(18578) del 2 de agosto de 2012, Consejero Ponente William Giraldo Giraldo.

> correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de "publicidad material del registro", en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos. Por lo anterior, la doctrina señala que la finalidad inmediata del registro es dar seguridad a las relaciones que implican la responsabilidad jurídica del comerciante[10].

En este orden de ideas, el artículo 28 del Código de comercio señala que las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, deben inscribirse en el registro mercantil, al mes siguiente de que inicien sus actividades.

De tal forma, se deberán inscribir en el registro mercantil quienes realizan de manera habitual alguna actividad comercial de las definidas por el Código de Comercio, es decir, deben matricularse ante la Cámara de Comercio todas las personas naturales que realicen en forma permanente o habitual alguno de los actos u operaciones mercantiles, en caso contrario, a pesar de que sea un acto mercantil, la persona natural no debe estar inscrita en el registro.

El artículo 37 del Código de Comercio dispone como sanción aplicable al comerciante que ejerce el comercio sin registro mercantil la imposición de una multa:

> Artículo 37. La persona que ejerza profesionalmente el comercio sin estar inscrita en el registro mercantil incurrirá en multa hasta de diez mil pesos, que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales. La misma sanción se aplicará cuando se omita la inscripción o matrícula de un establecimiento de comercio.

De la misma forma, el artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, en el numeral 5, faculta al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia para imponer multas de hasta 17 salarios mínimos mensuales legales vigentes por ejercer profesionalmente el comercio sin estar matriculados en el registro[11]; disposición que también sería aplicable ante la falta de renovación de este instrumento.

---

[10] Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[11] Decreto 2153 de 1992, "artículo 11(…) 5. Imponer a las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, sin estar matriculadas en el registro mercantil, multas hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción".

Los documentos tipo de licitación de obra pública infraestructura de transporte suponen la realización de obras o construcciones, pues el objeto de estos es la realización de obras en vías primarias y secundarias; vías terciarias; infraestructuras marítimas y fluviales; vías primarias, secundarias o terciarias para atención a emergencias diferentes a contratación directa; infraestructura férrea; infraestructura vial urbana; puentes; e infraestructura aeroportuaria. De esta forma, la realización o ejecución de las actividades contempladas por los documentos tipo pueden configurarse como un acto de comercio de los contemplados en el artículo 20 del Código de Comercio.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la capacidad jurídica es la facultad legal que tiene una persona (natural o jurídica) para celebrar contratos con una entidad pública[12], es decir, que pueda obligarse a cumplir con el objeto de contrato y que no se encuentre incurso en inhabilidades o incompatibilidades que le impida celebrar el contrato.

En el caso de las personas naturales, mayores de dieciocho (18) años, son capaces jurídicamente a menos que estén expresamente inhabilitadas por decisión judicial o administrativa, como la interdicción judicial, y que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar derivadas de la ley.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el registro mercantil es un deber legal de los comerciantes, pero no otorga capacidad jurídica, aunque su ausencia, cuando se desarrollan actividades mercantiles de manera habitual y permanente, conlleva a la imposición de multas por el incumplimiento de un deber legal.

En este sentido, y de acuerdo con su consulta, una persona natural solo deberá estar inscrita en el registro mercantil, en cumplimiento de un deber comercial, cuando realice alguna actividad comercial profesional de manera habitual, y no por el hecho de participar en un proceso de contratación.

Sin embargo, cuando se trata de licitaciones de obra para infraestructura de transporte, donde se aplican los Pliegos Tipo, debe observarse lo dispuesto en el numeral 3.3.1 del Documento Base, el cual señala que las personas naturales comerciantes deben aportar la cédula y el registro mercantil.

2.6. Oferta con valor artificialmente bajo

[12] Ley 80 de 1993. "Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales".

El artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 establece que cuando el valor de una oferta parezca artificialmente bajo, la entidad debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Frente a estas explicaciones le corresponde al comité evaluador analizarlas y recomendar si debe rechazar la oferta o continuar con el análisis durante la evaluación de las ofertas.

El artículo citado también dispone que "cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas".

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la "Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación", en la cual se incluyen recomendaciones y pautas para el manejo de aquellas ofertas que cumplen con las características para ser consideradas artificialmente bajas.

Esta guía define que una oferta es artificialmente baja cuando "a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo a la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector". Para determinar que una propuesta es artificialmente bajo se puede acudir a la comparación absoluta o la comparación relativa. La primera, se refiere a contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio de acuerdo con en el Estudio del Sector elaborado por la Entidad Estatal, en este evento se recomienda que cuando la entidad reciba menos de 5 ofertas debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje, al coste estimado por la entidad estatal. La segunda, esto es, en la comparación relativa, la entidad debe contrastar cada oferta con las demás ofertas presentadas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sugiere una metodología que las entidades pueden aplicar para identificar ofertas con precios artificialmente bajos, en procesos en los que hay más de 5 ofertas. Esta metodología sugiere que la entidad puede:

1. Tomar el conjunto de ofertas a evaluar.
2. Calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta.
3. Calcular la desviación estándar del conjunto.
4. Determinar el valor mínimo aceptable.

Para determinar el valor mínimo aceptable, la entidad debe calcular la mediana ordenando los valores de mayor a menor y tomar el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, debe tomar los valores de la mitad, sumarlos y dividirlo en dos. Posteriormente, deberá calcular la desviación estándar utilizando la siguiente fórmula:

$$\text{Desviación estándar : } \sigma = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^{n} (\text{Valor de la oferta}_i\text{-Promedio de los valores de las ofertas})^2}{n}}$$

Donde *n* es el número de ofertas.

Por su parte, el valor mínimo aceptable es igual a la mediana menos una (1) desviación estándar. De acuerdo con la "guía", este valor mínimo aceptable puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuente la entidad estatal.

Identificadas las ofertas con valores que parecen artificialmente de acuerdo con la anterior metodología, la entidad debe solicitar aclaración a los proponentes, analizar las explicaciones obtenidos para determinar si estos son suficientes para la ejecución del contrato y finalmente, debe decidir "si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos".

Por su parte, el numeral 4.1.1 del "Documento Base" establece las reglas aplicables cuando existe un precio que parece artificialmente:

> **4.1.1. PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO**
>
> En el evento en el que el precio de una oferta no parezca suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector, la Entidad deberá aplicar el procedimiento descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente.

El "Documento Base" de los Documentos Tipo integra el Decreto 1082 de 2015 y la "Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación". Por lo tanto, deberá aplicar los instrumentos enunciados y valorar si se configuran los presupuestos para que el valor de una oferta sea considerado artificialmente bajo.

3. Respuesta

3.1. El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 establece que “cuando se contrate con personas jurídicas, la obligación se extiende también a la comprobación de aquellos aportes que corresponde por ley realizar a sus empleados, a través de certificación expedida por el revisor fiscal cuando este sea necesario o por el representante legal de la entidad”, esta certificación para el caso de los Documentos Tipo, se realiza a través del “Formato 6- Pagos de seguridad Social y aportes legales”. En consecuencia, si el representante legal de la persona jurídica es empleado de esta, la acreditación de sus aportes se realiza en la forma enunciada.

Ahora bien, si el representante legal no es empleado de la persona jurídica, las normas que regulan los aportes al sistema de seguridad social en la contratación pública, no exigen que se deba acreditar sus aportes, sino que requiere únicamente de los empleados de la persona jurídica.

Tenga en cuenta que no existe disposición normativa que regule la forma de vinculación del representante legal con la persona jurídica que representa, por lo tanto, las entidades no pueden exigir que sea empleado.

Por lo anterior, bajo los supuestos de su consulta, la entidad no puede rechazar una propuesta porque el representante legal no sea empleado de la persona jurídica y realice sus aportes de manera independiente.

3.2. La entidad estatal al definir la experiencia exigible en el procedimiento de contratación y una vez identificada la experiencia general y la experiencia específica, cuando esta se deba exigir, debe incluir la totalidad de actividades válidas para la acreditación de experiencia definidas en la Matriz 1 – Experiencia, sin que sea viable exigir actividades o cantidades adicionales o modificar, suprimir, adicionarlas. Es decir, la experiencia se debe solicitar con la descripción completa que corresponda a la experiencia general y especifica definida en la Matriz 1 – Experiencia.

La disyuntiva “y/o” que aparece en algunas experiencias de la “Matriz 1- Experiencia”, da la posibilidad al proponente que aporte aquellos contratos que cumplan con una u otra opción de las allí definidas.

3.3. Las reglas de la corrección aritmética definidas en el numeral 4.1.2 del Documento Base, buscan que la entidad conozca e identifique el valor real ofertado por el proponente a través de la revisión de las operaciones aritméticas y del redondeo de cifras decimales presentes en el ofrecimiento económico.

No obstante, lo anterior, cuando la entidad defina un valor en el presupuesto oficial que incluya decimales y este sea el valor ofertado por el proponente, la entidad únicamente deberá verificar las operaciones aritméticas ofertadas para corroborar que el valor de la propuesta se ajusta al definido en el presupuesto oficial.

3.4. El Documento Base de los Documentos Tipo no contempla la presentación con la propuesta del desglose los valores unitarios, estos, de acuerdo con el numeral 8.2[13] deben ser presentados por el contratista.

3.5. Los proponentes personas naturales nacionales o extranjeras con domicilio en Colombia, acreditan su capacidad organizacional con el certificado del Registro Único de Proponentes.

Por su parte, los proponentes personas naturales sin domicilio en Colombia deberán aportar los Documentos señalados en el numeral 3.9.2.

3.6 De conformidad con el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como respuesta a las peticiones realizadas sobre la interpretación de los Documentos Tipo, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución para las entidades estatales.

3.7 Para los procesos de licitación de obra pública no se requiere que una persona natural esté inscrita en el Registro Mercantil, pues este no otorga ni acredita la capacidad jurídica para adquirir obligaciones. Un ingeniero civil que desarrolle de manera habitual la actividad consagrada en el numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio, deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

---

[13] "8.2. ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS

"El Contratista deberá diligenciar para cada uno de los ítems enunciados en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial, el análisis de precios unitarios (costos directos más indirectos), de acuerdo con el formato que se presenta en el respectivo Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial y entregarlos en el plazo establecido en el numeral 8.1. Los precios unitarios resultantes de los análisis no podrán ser diferentes a los consignados en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial toda vez que estos últimos fueron utilizados en la evaluación de las propuestas; si se presentare alguna discrepancia, el contratista deberá ajustar el precio unitario obtenido en el análisis consignado en el Formulario de la propuesta.

"El Contratista deberá tener en cuenta dentro de cada uno de los análisis de precios unitarios todo lo necesario y suficiente para llevar a cabo el ítem de acuerdo con las normas y especificaciones técnicas contractuales, en 1 relación con: el equipo (con sus rendimientos), materiales (cantidades, rendimientos), transportes, mano de obra (con sus rendimientos), AIU. Los equipos deberán tener la capacidad y rendimientos que requiera la ejecución de cada ítem de obra. Cualquier error u omisión del Contratista en los costos directos o indirectos considerados en su Análisis de Precios Unitarios para los ítems de obra, es de exclusiva responsabilidad del contratista y por lo tanto no podrá reclamar a la Entidad reconocimiento alguno adicional al valor de los precios unitarios consignados en el formulario de su propuesta. El contratista acepta que los precios unitarios por él ofertados constituyen su propuesta económica autónoma".

3.8 La Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, establece la metodología que pueden aplicar las entidades estatales para determinar si una oferta es artificialmente baja. Sin embargo, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 la decisión de "recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas", le corresponde al comité evaluador o quien haga la evaluación de las ofertas.

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

Atentamente,



FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Fredy Alexander Rodríguez Ardila