



Proyecto de Decreto “Por el cual se modifica la subsección 1 y se adiciona la subsección 2, de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

Dependencia que desarrolla el proyecto de Norma

Departamento Nacional de Planeación
Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Proyecto de Decreto o Resolución:

Proyecto de Decreto “Por el cual se modifica la subsección 1 y se adiciona la subsección 2, de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

1. Los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición.

Antecedentes

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el párrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, otorgó al Gobierno nacional la facultad de adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras.

La Ley establece que los Documentos Tipo son de obligatorio uso por parte de las Entidades del Estado que efectúen procesos de contratación que se encuentren sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, aquellas Entidades estatales mencionadas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹. Esto significa, de una parte, que dichos Documentos Tipo tienen como fin servir como fuente obligatoria para la elaboración de los pliegos de condiciones a aplicar en los procesos de selección que se efectúen para suscribir contratos que respondan a las tipologías contractuales antes aludidas y, de otra, que los documentos tipo adoptados por el Gobierno nacional son obligatorios por expreso mandato del legislador para las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública.

La potestad reglamentaria del señor Presidente de la República es permanente, por lo cual el término definido en el artículo 21 de la Ley 1882 de 2018 puede ser considerado como impulsor para garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, sin que este plazo límite o agote la posibilidad de que el Jefe de Gobierno reglamente cualquier ley en cualquier tiempo durante su vigencia.²

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 estableció que el Gobierno nacional tiene la facultad de adoptar documentos tipo por categorías de acuerdo con la cuantía, naturaleza de la contratación y las características propias de las regiones. Con

¹ Ley 80 de 1993. “ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (...).”

² La Corte Constitucional manifestó en sentencia C-508 de 2002 que “Cuando el legislador fija un plazo para que el Gobierno ejerza su facultad de reglamentar una ley, dicho término puede ser considerado como impulsor con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso de que el legislador considere que por la materia de que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación. Pero dicho plazo, en todo caso no limita ni agota la posibilidad de que el Presidente de la República reglamente cualquier ley en cualquier tiempo durante su vigencia”.



base en lo anterior, la adopción de los documentos tipo se hará por etapas para facilitar su incorporación dentro del sistema de compra pública.

Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel subnacional los proyectos de obra en el sector transporte³, el Gobierno Nacional inició la implementación gradual adoptando los Documentos Tipo para los procesos de licitación de obra pública que adelanta el mencionado sector a través del Decreto 342 de 2019 "Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional ". Estos Documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019, en ejercicio de la potestad de micro-regulación que le asiste como organismo técnico especializado y como ente rector del Sistema de Compra Pública.

Razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición

Los Documentos Tipo buscan incrementar la pluralidad de oferentes, simplificar los trámites de contratación estatal, reducir los tiempos de preparación de ofertas y de estructuración de los procesos, además de utilizar documentación clara e integrada que se adapte a las necesidades de las Entidades Estatales. Por otro lado, reducen la posibilidad de direccionamiento en la adjudicación de los procesos, incrementan la transparencia y disminuyen el riesgo de colusión al establecer condiciones aplicables de manera uniforme sin que sea posible direccionar procesos de contratación a proponentes determinados.

La adopción de los documentos tipo mediante decreto se fundamenta en el estudio de buenas prácticas internacionales y nacionales. Puntualmente, para la estructuración fueron analizados y tomados en cuenta los Documentos Estándar de Licitación Pública que utiliza el Banco Mundial (BM)⁴ en los contratos que financia, las Directivas 23⁵ y 24⁶ de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, así como la experiencia de países como Argentina⁷ y Perú⁸.

A nivel nacional, se ha tomado como fundamento la experiencia y buenas prácticas del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) que ha implementado pliegos de condiciones tipo para sus procesos de obra desde el 2010. El resultado de esta buena práctica ha sido el aumento del número de proponentes por proceso año tras año. En efecto, antes de la implementación de pliegos tipo para la ejecución de proyectos de la red terciaria nacional, el 83% de los procesos de contratación del INVIAS estaban constituidos por un único oferente. A partir del uso de pliegos tipo, los procesos de contratación con un único oferente disminuyeron a un 17% y más del 65% de ellos cuentan con 4 o más propuestas⁹

Adicionalmente, la adopción de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte que efectuó el Gobierno Nacional a través de la

³ Departamento Nacional de Planeación, Memoria justificativa del Decreto 342 de 2019.

⁴ Banco Mundial, Documentos Estándar de Licitación: Contratación de Obras y Guía del Usuario. Recuperado de: siteresources.worldbank.org/.../Resources/Works-4-07-sv2_May2010_v5.docx

⁵ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁶ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

⁷ Anexo a Disposición 63 -E/2016 del Director Nacional de la Oficina Nacional de Contrataciones de Argentina. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265968/disp63-1.pdf>

⁸ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras, Aprobado mediante Directiva N° 001-2016-OSCE/CD, Perú: 2016.

⁹ INVIAS, Visión de la nueva ley desde el sector público, 2018



sanción del Decreto 342 de 2019 y su posterior regulación complementaria expedida por Colombia Compra Eficiente en la Resolución 1798 de 2019, ha replicado los impactos positivos de la experiencia antedicha en el ámbito del Sistema de Compra Pública colombiano.

De un análisis de los procesos de licitación pública cuyo aviso de convocatoria fue publicado en el SECOP II a partir del primero de abril de 2019, se identificó que las Entidades que estructuraron sus procesos en cumplimiento de los parámetros señalados en el Decreto 342 de 2019, tuvieron un promedio de 33 oferentes, en contraste con aquellos que no aplicaron los Documentos Tipo y contaron con la participación de un único oferente¹⁰.

Adicionalmente, los resultados de la evaluación del primer trimestre de aplicación de la Ley 1882 que fue realizada por la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI) evidencian una clara tendencia en el incremento de los participantes de las licitaciones públicas. El Observatorio de Contratación de la CCI ha reportado que el 86% de las licitaciones que se abrieron durante los siguientes tres meses a la entrada en vigencia de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte han tenido más de un proponente y que en el 48% de los casos se han postulado más de diez interesados. Además, encontró que en el 32% de estas licitaciones, se presentaron más de 20 proponentes, situación que contrasta con los resultados de años anteriores donde más del 70% de los procesos eran adjudicados a únicos oferentes. Igualmente, concluyó que al 39% de estas licitaciones se presentaron entre dos y diez proponentes y al 15%, entre 11 y 20 interesados¹¹.

Con el fin de potencializar los beneficios de los Documentos Tipo y de avanzar en la reglamentación requerida por el artículo 4° de la Ley 1882, es necesario que el Gobierno Nacional adopte Documentos Tipo para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía y seguir avanzando en las cifras de transparencia que evidencian los datos anotados previamente.

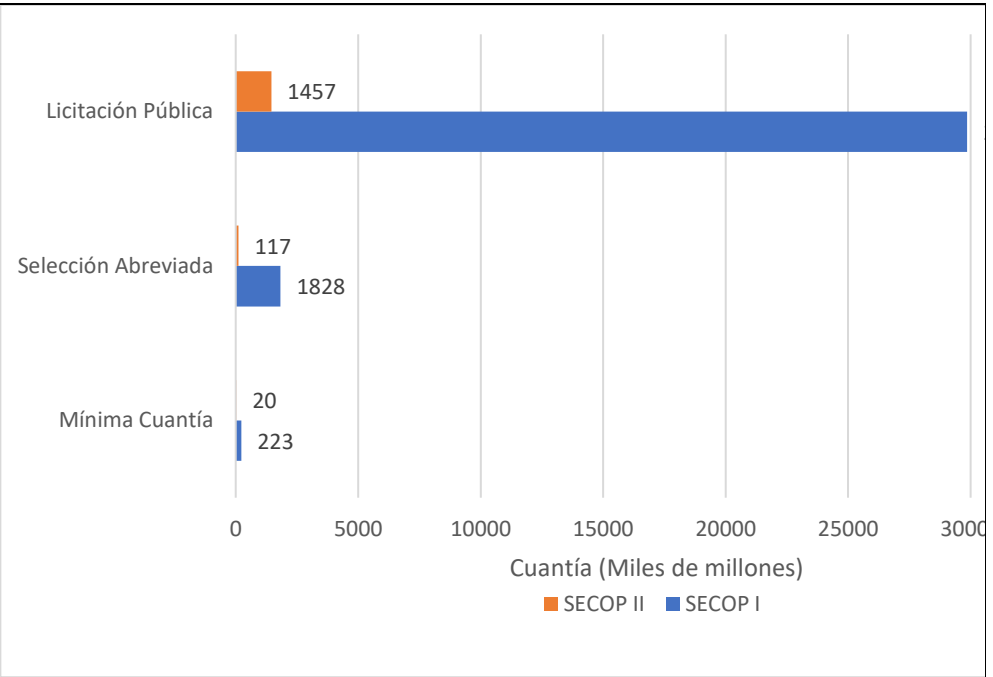
Lo anterior, se justifica dado que los procesos de selección abreviada que se adelantan para la construcción de obra pública de infraestructura de transporte tienen alto impacto en número de contratos y presupuesto después de aquellos efectuados a través de la modalidad de licitación pública.

De conformidad con los datos publicados en el SECOP I y el SECOP II¹², la contratación de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanta a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía representa el volumen de recursos más alto después de licitación pública:

¹⁰ El análisis de esta información corresponde a los procesos publicados en el SECOP II que recibieron ofertas al 22 de mayo de 2019. Dentro de los casos más relevantes que aplican correctamente los Documentos Tipo se encuentra el proceso No. FDLSC-014 -2019 de la Alcaldía Local de San Cristóbal por valor de \$5.642.000.000 en el cual se recibieron 72 ofertas y el caso del Municipio Chinchiná Caldas que recibió 48 ofertas en el proceso No. LP-001- 2019 por valor de \$2.609.405.983.

¹¹ Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, "Obligatoriedad del uso de los pliegos tipo, para las obras públicas, empieza a rendir sus frutos en la concurrencia de oferente", 2019. Recuperado de: <http://www.infraestructura.org.co/2017/index.php?id=70&idnotah=1124>

¹² Contratos de obra pública de infraestructura de transporte reportados en el SECOP I y SECOP II de 2016 a junio de 2019.



En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 2.1.2.1.9 del Decreto 1081 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio identificado con el radicado No. ___ emitió concepto indicando que la reglamentación no limita la competencia y este resulta favorable para incrementar la pluralidad de oferentes y evitar conductas colusorias.

Adicionalmente y de conformidad con el artículo 2.1.2.1.11. del Decreto 1081 de 2015, la nueva reglamentación fue sometida a consideración previa del Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio con radicado No. ____ quien emitió concepto autorizando su adopción.

1.1. Las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.

El Presidente de la República es competente para expedir el presente decreto, teniendo en cuenta que por disposición del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde:
“11) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Conforme lo estipuló la Ley 1150 de 2007, artículo 2º, párrafo 7 adicionado por el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018: *“El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten...”*

1.2. La vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada.

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, objeto de reglamentación del presente Decreto, está vigente desde el 15 de enero de 2018.

1.3. Las disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno de estos efectos se produce

Modifica la subsección 1 y adiciona la subsección 2, de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual se encuentra vigente.



con la expedición del respectivo acto.	
2. El ámbito de aplicación del respectivo acto y los sujetos a quienes va dirigido	<p>Los documentos tipo establecidos en el decreto reglamentario tienen aplicación a nivel nacional y deben ser observados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública. Los documentos objeto del decreto serán aplicados para los contratos de obra en la modalidad de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía.</p> <p>El artículo 2 del decreto establece su vigencia y determina que es aplicable a los procesos cuyo aviso de convocatoria sea publicado a partir del 1 de abril de 2019 lo anterior por cuanto el aviso de convocatoria es el primer documento que publica la entidad, acompañado del proyecto de pliego de condiciones. Lo anterior porque si una entidad profiere el aviso de convocatoria y luego para el momento de la expedición del acto administrativo de apertura debe aplicar la presente reglamentación, deberá con posterioridad al periodo de observaciones al proyecto de pliego modificar las condiciones del proceso ya determinadas y conocidas por los posibles oferentes.</p>
3. La viabilidad jurídica, que deberá contar con el visto bueno de la oficina jurídica de la entidad o la dependencia que haga sus veces	La expedición del presente acto es viable jurídicamente, pues no es contrario al marco jurídico existente.
4. Impacto económico si fuere el caso, el cual deberá señalar el costo o ahorro, de la implementación del respectivo acto.	No genera impacto directo frente a terceros y no tiene un impacto económico específico.
5. Disponibilidad presupuestal	De acuerdo con el punto anterior, el decreto no requiere disponibilidad presupuestal.
6. Impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación.	<p>El proyecto en principio no tiene impacto en el Presupuesto General de la Nación (PGN), y no genera impacto fiscal. Sin embargo, para la implementación de los pliegos de condiciones tipo será necesario reforzar o robustecer la capacidad operativa de CCE, debido a que esta Entidad será la encargada de gestionar su diseño, publicación, difusión e implementación lo que puede llegar a requerir ajustes de su presupuesto.</p> <p>La expedición de este decreto no implica impacto ambiental ni ecológico y tampoco se generan impactos sobre el patrimonio.</p>
7. El cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad cuando haya lugar a ello.	De acuerdo con su contenido, el proyecto de decreto no es una decisión administrativa sujeta a las condiciones de la Ley 21 de 1991 en materia de consulta previa.
8. Cualquier otro aspecto que la entidad remitente considere relevante o de importancia para la adopción de la decisión.	No aplica.
9. Seguridad Jurídica: Dentro del año inmediatamente anterior ya se había reglamentado la misma materia: SI: <input type="checkbox"/> NO: <input checked="" type="checkbox"/>	

EL PROYECTO CUMPLE CON LAS DIRECTRICES DE TÉCNICA NORMATIVA PREVISTAS EN EL DECRETO No. 1081 de 2015: SI NO

Viabilidad Jurídica:

Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto.

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, establece que el Gobierno Nacional tiene la facultad de adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras y para otros contratos o procesos de selección cuando lo considere necesario.

Ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” o precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella¹³.

Dos son los elementos fundamentales de la potestad reglamentaria, de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional¹⁴, a saber:

1. Necesidad: consiste en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley haya dejado espacios de regulación que necesitan ser llenados para la ejecución de esta mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, pues el legislador puede, en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, determinar libremente hasta dónde regula la materia respectiva¹⁵;
2. Finalidad: tiene que ver con el contenido material de los actos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria, pues los decretos y resoluciones expedidos por el Gobierno nacional en ejercicio de dicha potestad están subordinados a la ley, de manera que el reglamento no puede modificarla, ampliarla o restringir sus efectos. Este último elemento, se encuentra asociado por demás al respeto del principio de supremacía normativa pues, el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía que emana de la propia Constitución.¹⁶

En efecto, el desarrollo de la potestad reglamentaria exige que la ley haya configurado una materialidad legislativa básica, ya que busca convertir en realidad un enunciado normativo abstracto. Los límites de esta facultad han sido desarrollados por la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial por la Corte Constitucional, quien a modo de subreglas¹⁷ ha establecido ciertos límites a la misma:

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 9 de julio de 1996, rad. 854.

¹⁴ Sentencia C 810 de 2014, Corte Constitucional.

¹⁵ Al respecto, el Congreso puede dictar normas minuciosamente detalladas, en cuyo caso no será necesaria la expedición de decretos reglamentarios; o puede limitarse a dictar una ley de contenidos generales y dejar al Gobierno nacional la potestad de completar todos los aspectos que sean necesarios para su correcta ejecución. Por su parte, no puede el presidente saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de reglamentación por el legislador, pues si se repite con exactitud el contenido de las normas reglamentadas se violaría el principio conocido como “prohibición de tautología legal”. Ver Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta; Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez; Bogotá D. C., once (11) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00023-00(18973).

¹⁶ De acuerdo con la Sentencia C 037 de 2000, si bien la Constitución Política no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes.

¹⁷ Ver entre otras, las Sentencias C 162 de 2008; C823 de 2011; C 810 de 2014; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón; Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010); Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05). Acción de Nulidad en contra del Decreto 306 de 2004; Sala de lo Contenciosos Administrativo – Acción Pública de Nulidad en contra del Decreto 3512 de 2003 (parcial), Exp. 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615) del 29 de abril de 2015.

1. La potestad reglamentaria se ve restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos. Tanto así, que se ha manifestado que la misma es inversamente proporcional a la extensión de la ley.
2. El Presidente no podrá establecer por vía de decreto reglamentario una excepción, aun cuando la misma fuera supuestamente temporal, sin que previa y expresamente el legislador lo hubiere autorizado para ello y fijado un límite temporal específico;
3. Cualquier determinación sobre la vigencia de las leyes sólo puede ser definida por el propio legislador;
4. El ejercicio de la función reglamentaria no debe sobrepasar ni invadir la competencia del Legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria;
5. La potestad reglamentaria no puede incluir requisitos adicionales a los previstos en la ley y,
6. No le es posible al Gobierno desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la administración.

Competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente frente a la adopción de los documentos tipo

Cuando la potestad reglamentaria mencionada anteriormente requiere regulación específica para pormenorizar su alcance y contenido, compete a las Entidades subordinadas ejercer la facultad regulatoria que les ha sido otorgada en calidad de autoridades administrativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido a los organismos y a las autoridades que *“en la jerarquía administrativa lo suceden al Presidente de la República, una cierta competencia regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general”*¹⁸.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, resulta preciso tener presente que mientras al Presidente le corresponde expedir criterios para la debida observancia de la voluntad legislativa, los órganos subordinados deben, por su parte, emitir la regulación *“necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos establecidos por el ejecutor de la medida”*¹⁹.

Adicionalmente, en la **Sentencia C-073 de 2018** la Corte Constitucional recalcó que si bien *“el Presidente de la República no puede exceder lo dispuesto por el legislador cuando reglamenta el contenido de una ley, sí tiene la potestad de establecer los aspectos técnicos y operativos necesarios para implementar la ley en la práctica.”*

En efecto, en **Sentencia C-1005 de 2008** la Corte Constitucional señaló que *“la justificación de esta asignación de regulación gradual consiste en que precisamente son los organismos administrativos los depositarios de información relacionada de manera directa e inmediata con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa”*, ello trae como consecuencia que sean estos organismos quienes deban ser los encargados de aquello que la Corte ha denominado como *“microregulación de la ley”*. Así mismo, en la **Sentencia C-917 de 2002** señaló que *“la imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente”*.

En este sentido, atendiendo a las facultades reglamentarias del Presidente y en aplicación de la facultad regulatoria que en el marco de sus competencias tienen los organismos administrativos o especializados que integran el Gobierno nacional, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en adelante CCE, es una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación²⁰, que se erige como ente rector en materia de contratación pública en virtud de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, en especial en el Decreto Ley 4170 de 2011, artículo 3, numeral 2, en el que se le otorgó la función de:

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 1005 de 2008

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 917 de 2002

²⁰ Artículo 1º del Decreto Ley 4170 de 2011.

Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, en el Decreto Ley se otorga a la Subdirección de Gestión Contractual la función de: “Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública”²¹.

De conformidad con lo anterior, CCE funge como ente rector, técnico y especializado en materia de contratación pública. De ahí que el Consejo de Estado le haya reconocido potestad regulatoria, en los siguientes términos:

*“Se cuenta con una base jurídica mínima que apoya la competencia de [Colombia Compra Eficiente] para [la expedición de la Circular] pues se sabe que esa Agencia [...] se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado [...] y ejerce una competencia de orientación y coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de políticas públicas [...] y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública [...] potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional”*²².

Lo anterior es reiterado por el Consejo de Estado en otra providencia en los siguientes términos:

*Dígase que ese poder de regulación normativa en cabeza de CCE se ejerce secundum legem como también subordinado a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, de suerte que no rivaliza con ésta o aquella, sino que constituye, en puridad, expresión del ejercicio de autoridad administrativa bajo habilitación legal expresa sujeta, entre otras cuestiones, a la concreción de aquellos principios y valores que subyacen a la función administrativa, de una parte, y los propios de la Constitución Económica, de otro tanto, como recién ha sido reiterado por esta Sección en asunto de similar naturaleza al aquí tratado. Con otras palabras, la Sala tiene averiguado que el poder de regulación otorgado a Colombia Compra Eficiente no es ejercicio de potestad reglamentaria constitucional, en los términos expuestos*²³.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado señaló la existencia de fronteras en la facultad de regulación de autoridades administrativas, la cual se encamina a concretar aspectos residuales y complementarios de la legislación general ajustada, sujeta en todo caso, a lo que dispongan los órdenes normativos de más alto rango: la Constitución, la ley y el reglamento expedido por el Presidente de la República, pues el ejercicio de esta facultad de regulación “en ningún caso implica el reconocimiento de una potestad autónoma y desligada de cualquier límite”²⁴.

Conviene reiterar que conforme a lo establecido por el Consejo de Estado²⁵, la facultad que recae en la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente de micro-regular aspectos técnicos en el marco de las competencias que le fueron otorgadas en Decreto-Ley 4170 de 2011, como es el caso del desarrollo e implementación de documentos tipo, no implica modificar el esquema constitucional establecido para el ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional:

“(...) para la Sala resulta claro que con el Decreto-Ley 4170 de 2011 el legislador extraordinario no quiso modificar –como en efecto no lo hizo– el esquema de producción normativa establecido en la Constitución Política y, por lo mismo, las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente guardan una estricta lógica de jerarquía normativa respecto de las facultades reglamentarias reservadas al

²¹ Ver artículo 11 numeral 12 del Decreto Ley 4170 de 2011.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de agosto de 2017, rad. 58820.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2017, rad. 56166.

²⁴ Ibídem.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de abril de 2019, rad. 52.055.



*Presidente de la República y, por supuesto, respecto de los lineamientos legislativos. No podría considerarse que con el Decreto-Ley mencionado se distribuyeron las competencias reglamentarias entre el Presidente de la República y la nueva agencia, asignando a esta última todo aquello relativo a la contratación del Estado. Por el contrario, lo que resulta evidente es que **el Presidente de la República cuenta ahora con una entidad especializada que lo apoya técnicamente** tanto en la formulación de una política pública en materia de compras y contratación pública, **como en su labor de producción normativa, sin que por ello se desprenda de las normas pertinentes alguna suerte de escisión de las facultades.** Adicionalmente, las funciones asignadas a la Agencia, si bien pueden comportar una facultad de regulación de la actividad contractual pública, ella debe ser ejercida con sometimiento al esquema jerárquico normativo del sistema jurídico, por lo que deberá sujetarse, como consecuencia, a los dictados constitucionales, legales y a la reglamentación expedida por el Presidente de la República²⁶”.*

El anterior pronunciamiento fue proferido por parte del Consejo de Estado al estudiar la legalidad del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, respecto de la competencia de Colombia Compra Eficiente para el diseño e implementación de documentos estandarizados y especializados, dentro de los cuales se encuentran, entre otros, los pliegos de condiciones tipo. Al respecto, considero el alto tribunal que esta competencia carecía de sustento normativo desde el punto de vista reglamentario por cuanto el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 confirió al Gobierno Nacional la facultad de fijar con fuerza vinculante, “*las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales*” para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sin hacer referencia a la adopción de otro tipo de contratos o modalidades.

De igual manera aclaró, que en el marco normativo en el cual fue expedido el Decreto 1510 de 2013 no se contaba con la facultad legal por parte de Colombia Compra Eficiente para el diseño e implementación de documentos estandarizados para ninguna modalidad de contratación con efectos obligatorios para las entidades públicas, salvo el evento señalado en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. **En contraste, la expedición del presente Decreto se fundamenta en el mandato dado al Gobierno Nacional a través del artículo 4 de la ley 1882 de 2018 que brinda el sustento normativo a la adopción de los documentos tipo para para los pliegos de condiciones de los procesos de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, con el fin de que CCE como entidad administrativa especializada, los desarrolle e implemente dentro de los límites establecidos por el legislador, el ejecutivo y acorde con las funciones, objeto y misión de la Entidad.**

Por lo tanto, a diferencia de lo establecido en el numeral 3 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, esta reglamentación cuenta con un sustento jurídico suficiente, dado en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y permite a CCE pormenorizar la voluntad del Presidente de la República a través del ejercicio de la potestad regulatoria.

A través de una interpretación sistemática de la normativa y jurisprudencia citada es posible establecer que CCE tiene facultad de regulación de la actividad contractual pública, lo que implica la potestad para expedir normas de carácter técnico subordinadas a la Constitución, la Ley y la Reglamentación expedida por el Presidente de la República y que los documentos tipo son una manifestación de dicha potestad. En consecuencia, CCE tiene la facultad de, en palabras de la jurisprudencia constitucional, micro-regular los documentos tipo con el fin de pormenorizar la potestad reglamentaria del Presidente de la República a la que hace referencia el último inciso del artículo 4º de la Ley 1882 de 2018.

Igualmente, en desarrollo de la función que recae en CCE conforme al artículo 2º del Decreto-Ley 4170 de 2011, CCE en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación pormenorizará la voluntad del Gobierno Nacional con la implementación, desarrollo, publicación, revisión y actualización de los documentos tipo.

Decisiones judiciales que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto

Frente a los documentos tipo o pliegos de condiciones tipo, las Altas Cortes se han pronunciado sobre la competencia de CCE y sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones. Las secciones 2.1 y 2.2 del presente documento incluyen los pronunciamientos vinculados a la competencia del Gobierno Nacional y de

²⁶ Ibidem.



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social

CCE para implementar y desarrollar pliegos de condiciones tipo. Sobre la naturaleza de los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado ha señalado que estos:

“Son la clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general (...) Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo”²⁷.

(Original Firmado)

LUIS GABRIEL FERNÁNDEZ FRANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013, rad. 25642. En el mismo sentido el Honorable Tribunal se ha pronunciado en las Sentencias de la Sección Tercera del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, de 3 de mayo de 1999, exp. 12344, de 28 de abril de 2005, exp. 12025, de 8 de junio de 2006, exp. 15005 y de 8 de junio de 2008, exp. 17783.